

مجموعه

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب البیع»

شماره: (۱۷)

الأمر الثاني: إن المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي فعلاً من الطرفين، فالملك أو الإباحة في كلّ منهما بالإعطاء فلو حصل الإعطاء من جانب واحد لم يحصل ما يوجب إباحة الآخر أو ملكيته فلا يتحقق المعاوضة ولا الإباحة رأساً؛ لأنّ كلّاً منهما ملك أو مباح في مقابل ملكية الآخر أو إباحته، إلّا أن الظاهر من جماعة من متأخري المتأخرين^١ تبعاً للشهيد في «الدروس»^٢ جعله من المعاطاة... .

وربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد إيصال الثمن و أخذ المثل من غير صدق إعطاء أصلاً فضلاً عن التعاطي... ثمّ إنه لو قلنا بأنّ اللفظ غير المعتبر في العقد كالفعل في انعقاد المعاطاة أمكن خلوّ المعاطاة من الإعطاء و الإيصال رأساً ولا يبعد صحّته مع صدق البيع عليه...»^٣.

[١]

[١] ما يستفاد عن عبارته في هذا التنبيه تصوير المسألة إلى صور أربعة:
الأولى: حصول التعاطي من الطرفين فعلاً و صرّح بأنّه هو المتيقن من مورد المعاطاة و تحقّق الملك أو الإباحة لكلّ منهما بالإعطاء.
الثانية: تحقّق الإعطاء من جانب و طرف واحد من دون حصول شيء من الطرف الآخر.

١ . المحقّق الثاني في حاشية الإرشاد (مخطوط): ص ٢١٧، والسيد المجاهد في المناهل: ص ٢٧٠،

والشيخ الكبير في شرحه على القواعد (مخطوط): الورقة ٥١، وفي الجواهر: ج ٢٢، ص ٢٢٨.

٢ . الدروس الشرعية: ح ٣، ص ١٩٢.

٣ . كتاب المكاسب: ح ٣، ص ٧٤-٧٦

الثالثة: حصول الثمن والمثمن من دون صدق الإعطاء من الطرفين (أي لا إعطاء فعلي) كدخول الحمام ووضع الفلوس في الكوز وأخذ الماء و بعض المحققات.

الرابعة: أن لا يتحقق شيء من الإيصال كالإعطاء أصلاً، بل الحاصل مجرد المقابلة فقط، صرح الشيخ رحمته الله بحصول الملكية أو الإباحة - على اختلاف المباني في المعاطاة - بنفس حصول التعاطي من الطرفين وقال: بأنه هو المتيقن من مورد المعاطاة. وهذا ما يقتضيه مفهوم المفاعلة ويصدق عليه البيع. ولا ريب في شمول العمومات الدالة على صحة البيع ولزومه.

إلا أن الملاحظة في كلام الشيخ هي أن القدر المتيقن ثبت عند وجود إطلاق دليل في المقام وهو مع عدم دليل توقف مفهوم المعاطاة على الإعطاء من الطرفين لا يفيد، مضافاً إلى أن المحقق الإصفهاني رحمته الله قائل بعدم تقوّم المفاعلة بالتقابل ووجود الطرفين، وما هو موضوع الحكم في الأدلة الشرعية في حق المعاطاة هو البيع الفعلي في مقابل البيع بالقول، إلا أن التمسك بالقدر المتيقن لا بأس به إذا كان الدليل للحكم هو السيرة، فالأخذ بالمتيقن من السيرة معمول ومتعارف.

وأما الصورة الثانية: فإنه حكم بصحتها وإن لا يصدق عليه معنى المعاطاة. ولكن هذا لا يقدح في جريان حكمها عليه بناءً على عموم الحكم لكل بيع فعلي (ووزانه وزان البيع) فيكون إقباض أحد العوضين من مالكة

١ . حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني رحمته الله): ج ١، ص ١٠.

تمليكاً له بعوض أو مبيعاً له به. ثم أشكل فيما لو قصد الإباحة معللاً بأنه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها في الإباحة (أي الإباحة الحاصلة من جانب واحد) ثم نفى البعد عنه من جهة انعقاد السيرة عليها كقيامها على المعاطاة الحقيقي، أي المعاطاة الحاصلة بين الطرفين.

وهكذا قال في الصورة الثالثة، أي حصول الثمن والمثمن من دون تحقق الإعطاء الفعلي من الطرفين وعُلل بأنّ المعيار في المعاطاة وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا في التصرف.

كما قال أيضاً في الصورة الرابعة وهي ما لم يتحقق فيه الوصول والإيصال، بل الواقع بينهما مجرد المقابلة على مبادلة شيء بشيء قائلاً: «لا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناءً على الملك وأما على القول بالإباحة فالإشكال المتقدم هنا أكد».

إلا أنّ هنا تقسيمات للموارد الأربعة ينبغي التأمل فيها ثم الحكم بتمامية المعاطاة وعدمها في الأقسام المذكورة.

وأما الصورة الأولى: فهي تارة يتحقق الإعطاء من الطرفين بقصد التملك ويترتب عليه الملكية من أول الأمر. وتارة إنّ ترتب الملكية موقوف على التصرفات المتوقعة على الملكية أو التلف والحاصل من أول الأمر هو الإباحة الشرعية.

وتارة يكون الإعطاء منهما بقصد الإباحة المالكية. ثمّ إنّ يتفرّع على الأول (أي الإعطاء بقصد التملك) أن يكون الإعطاء من البائع إيجاباً لتمليك المثمن والإعطاء من المشتري تملكاً للمثمن كالبيع بالصيغة، فيعدّ الإعطاء من الأول إيجاباً ومن الثاني قبولاً.

وقد يكون الإعطاء من (البائع) الأول تملكياً والأخذ قبولاً ومن الثاني (المشتري) وفاءً بالثمن.

وعلى الجملة: تارة يكون الثمن كلياً وأخرى يكون الثمن شخصياً، ففي جميع الصور المفروضة لا إشكال في تحقق الملكية أو الإباحة سواء قلنا بأنها تفيد الملكية أو الإباحة والدليل حديث السلطنة. وبعد التنزل السيرة المسلّمة على صحّة هذه المعاملة.

وأما الصورة الثانية: ففيها أيضاً تارة يعطى المتاع وإعطاء والثمن يؤخر إلى أجل معين نسبية، فالإعطاء يعدّ إيجاباً والأخذ قبولاً وذمته مشغولة بالثمن وأخرى يعطى المشتري الثمن فيوجب ويكون المثلث في ذمة البائع إلى أجل ويكون البائع بأخذه قابلاً والمشتري موجباً. وهذا بيع السلم. وتارة أخرى: بأن يكون المعطى (بصيغة المفعول) هو الثمن وأخذه بيعاً للمثلث (الذي في ذمته).

والإشكال في الأخير بالصورة المذكورة (بأن يعدّ المشتري موجباً والبائع قابلاً) تقديم القبول على الإيجاب، مضافاً إلى أنّه كيف يكون أخذ العوض بيعاً للمعوض مع أنّه لم يتحقق إنشاء لا قولاً ولا فعلاً بالنسبة إلى بيعه؟ وللمحقق النائي كلام في المقام سنتعرض إليه من إشكاله على عدّ الإعطاء من طرف واحد من مصاديق البيع الفعلي.

وأما الصورة الثالثة (ربما يدعى انعقاد المعاوضة بمجرد إيصال الثمن وأخذ المثلث من غير صدق الإعطاء أصلاً فضلاً عن التعاطي...)

صرّح الشيخ بأنّ المعيار في المعاطاة وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا في التصرف وذكر قبله مصاديق مثل الدخول في الحمام ووضع الأجرة في صندوقه بعد الاستحمام أو في مورد السقاء وبائع الخضروات.

وفي هذا الفرض يحتمل أن يكون بيعاً معاطاتية كما في مورد البقال والسقاء أو إجارة معاطاتية كما في مورد الحمام، واحتمل أن يكون إباحة بالعوض، كما احتمل أن يكون بنحو التوكيل والإذن العام في التصرف، مع احتمال آخر وهو كون هذه الموارد معاملات خاصّة غير معنونة بهذه العناوين المتعارفة من البيع والاجارة.

وما أورد على الشيخ - من أنّ مجرد الإيصال والوصول سبب لتحقيق المعاملة والبيع وأنّه غير صحيح معللاً بأنّ البيع عنوان قصدي موقوف على حصوله بالتسبيب والتسبّب والاعتبار والإبراز لا يمكن أن يعنون بعنوان المعاملة والبيع - غير وارد؛ لأنّه وإن قال: إنّ مجرد إيصال الثمن وأخذ الثمن موجب لانعقاد المعاطاة، إلّا أنّه بيّنه في بيان المعيار وأنّه وصول العوضين مع الرضا في التصرف وهذا كاشف عن تحقيق القصد منهما، مع أنّه يمكن أن يوجّه كلامه إمّا بالالتزام بأنّ المعاملات الفعلية يكون أوسع من المعاملات القولية؛ لأنّ في الفعلية يملك صاحب المتاع ما يملكه لكلّ من يدفع له الثمن، وإمّا بأنّ الموارد المذكورة غير مندرجة في البيع وإنّما هي مبادلات ومعاملات خاصّة.

وأما الصورة الرابعة: وهي صورة المقاوله، والإنصاف أنّها مفهوم يباين المعاملة نعم، لو كان في ضمنها إنشاء تملك وإن لم يتحقّق بالألفاظ الخاصّة يعدّ بيعاً عرفياً ولا بأس به.

وكيف كان، لا إشكال ولا مانع من حصول التملك الفعلي بالإعطاء من الطرفين بأن يعدّ إعطاء المثلثين إيجاباً وإعطاء الثمن قبولاً كما عليه المشهور، وأيضاً بصحة الإنشاء بالإعطاء من الطرفين فعليه يتحقق الإباحة المالكية والتمليك والبيع.

وأما القسم الثاني: فعمدة الإشكال فيه ما أوضحه المحقق النائيني رحمته الله وحاصله: أنّ الإعطاء من أحد الطرفين لا ينطبق على البيع أبداً، بل إما أن يكون مصداقاً للهبة المعوّضة، وذلك فيما إذا كان العوض معيّناً كلياً أو جزئياً أو يكون مصداقاً للقرض وذلك فيما إذا لم يكن معيّناً.

ولكن الإشكال فيما أفاده أولاً (من حيث الثبوت) أنّه لا مانع من اندراج كلّ فعل خارجي تحت كلّ عنوان من العناوين الاعتبارية، وذلك مثل المصافحة تحت عنوان البيع أو التسجيل والضبط في دفتر البلدية تحت عنوان الزوجية؛ لأنّ كلّ هذه العناوين يدور مدار الجعل والاتفاق من الطرفين، فما أفاده - «من أنّ المعاطاة ليست عبارة عن إيقاع كلّ مقولة بكلّ فعل اتفق مقارنته معها ... بل إنّما هي عبارة عن إيقاع كلّ مقولة بالفعل الذي يكون مصداقاً لتلك المقولة^٢» - كما ترى.

وثانياً (من حيث الإثبات): لا شكّ في أنّ العرف يرى بعض الأفعال الخاصة بإنشاء يترتب عليه آثاره، مثل تقديم الخاتم للمرأة، فإنّه يعتبر إنشاء الزوجية، واسترجاعه يعتبر طلاقاً، وفي مثل البيع فبعد انقسامه إلى القولي

١ . المكاسب والبيع: ج ١، ص ١٩٩.

٢ . المكاسب والبيع: ج ١، ص ١٩٧.

والفعلي فهل يتحقق عند العرف بالإعطاء والأخذ مقارناً أو يتحقق مع الفصل بينهما؟ لا شك في تحقق المعاطاة مع الفصل بين الأخذ والإعطاء عند العرف كما يتحقق بالمقارنة. والشاهد وقوع هذه المعاملة نسيئة وكذا سلفاً وسلفاً، فالملاك في انطباق العناوين على الأفعال الخارجية هو صيرورتها حقائق اعتبارية عرفية نعم، سلّمنا احتياج الحقائق الاعتبارية إلى الإنشاء وهو يحتاج إلى الإبراز إمّا بالقول وإمّا بالفعل وكفى في تحقّقه شيوعه عند العرف، فما أفاده الثاني عليه السلام - من أنّ التعاطي من جانب واحد... لا يكون مصداقاً للبيع - غير تامّ بعد قبول العرف ذلك وعدّ الأخذ والإعطاء مبرزاً للمعاملة والبيع الفعلي والمعاطاة...

وثالثاً: إنّ ما أفاده من أنّ التسليط مصداق للتملك فيرد عليه: أنّ التسليط تارة يؤثر في التملك على العين وتارة على المنفعة وتارة على الانتفاع ولا يختصّ بأحدها إلّا بالقصد فكذلك الحكم في الأخذ، فكما أنّ القول اللفظي يعدّ عند العرف والشرع فكاً للملك، كذلك الأخذ بعد الإعطاء بقصد التملك يعدّ قبولاً فعلياً عند العرف ويصلح لأن يكون مصداقاً لفكّ الملك عرفاً.

ورابعاً: أنّ ما أفاده - من «أنّ الإعطاء الواقع من أحد الطرفين لا ينطبق على البيع أبداً، بل إما أن يكون مصداقاً للهبة المعوّضة وذلك فيما إذا كان العوض معيّناً كان يكون كلياً أو جزئياً أو يكون مصداقاً للقرض وذلك فيما إذا لم يكن معيّناً...» - يرد عليه: أنّ الإعطاء والأخذ إذا لم يعدّ قبولاً فلا يتمّ بهما عقد القرض ولا يجوز للأخذ أن يتصرّف فيه، وإن تمّ بهما عقد القرض، فحقيقة القرض - على حسب رأيه - هو التملك بشرط ضمان المثل أو القيمة فلا بدّ

أن يملك المقترض المثل أو القيمة من المال المأخوذ حين القرض حتّى يضمّنهما، فإذا لم يصلح أن يكون الأخذ مصداقاً للقبول والتمليك فيكفّ يتمّ ضمان المقترض بالأخذ؟

وخامساً: إنّ قوله: إما أن يكون مصداقاً للهبة المعوّضة ... فيرد عليه: إنّ المفروض في المقام (المعاطاة) أنّ الطرف الأوّل أعطى بقصد تمليك العوض والمقابلة بين المالكين، مع أنّ الهبة المعوّضة إمّا هبة بشرط العوض أو أنّها تمليك بإزاء تمليك آخر وكلّ منهما يحتاج إلى إنشاء مستقلّ، فلا يعقل أن يقع الإنشاء بقصد تمليك العوض ويتحقّق به الهبة المعوّضة، هذا. مضافاً إلى أنّه يستلزم (في المقام) أن يكون هذا التمليك إنشاء لتمليك العين وإنشاء لتمليك العوض بأن يكون الإنشاء الواحد سبباً لتمليكين وإنشاء الواحد لا يصلح لذلك، فالحقّ أنّ الهبة المعوّضة تمليك بشرط العوض لا تمليك بإزاء تمليك.

بقي الكلام في شبهة تقدّم القبول على الإيجاب وسنبحث عنه آنفاً والتزم الشيخ رحمته الله بالتفصيل بين قبول المشتري بقوله: (قبلت) وقال بأنّه غير جائز وبين قوله: (اشتريت) وإنّه لا مانع منه.

وأما الكلام في القسم الثالث من المعاطاة وهو أن يتحقّق مجرد إيصال الثمن وأخذ الثمن من غير صدق الإعطاء وقد مرّ أنّ الاحتمالات أربعة: الأوّل: أن يكون بيعاً معاطاتية كما في مثل بيع البقال والسقاء أو إجارة كمثّل الحمام.

الثاني: أن يكون إباحة بالعوض.

الثالث: أن يكون بنحو التوكيل والإذن العام في التصرف.

الرابع: أن تكون هذه الموارد معاملات خاصّة غير معنونة بإحدى العناوين المعروفة كالبيع والإجارة.

والفارق بين الوجهين الأولين: أنّه بناءً على الأوّل يملك المشتري بمجرد الأخذ بقصد التمليك، وبناءً على الثاني فإنّه بمجرد الأخذ يباح له التصرف فيما أخذه دون أن يملكه؛ حيث إنّ في الأوّل قد أذن المالك بالإذن العام لبيع متاعه لمن يعرض له الثمن المعيّن فإنّ هذا الفعل هو المعاملة المعاطائية، فأخذ المتاع بقصد التمليك وكالة عن المالك ثمّ دفع الثمن يكون من المعاطاة.

ويمكن القول بأقربية هذا التوجيه لتأييده بالسيرة العقلانية القائمة على التملك والتمليك دون الإباحة ويرتّبون العقلاء عليه آثار البيع والشراء من انطباق عنوان البائع والمشتري والخيار والفسخ. ويشهد له قولهما في أنّه بعت بكذا أو اشتريته بكذا.

وأما القسم الرابع وهو المقابلة: فبما أنّ المقابلة لا تعدّ سبباً لفظياً وعملياً على البيع فلا أثر لها، إلّا أن يقال بصدق عليه البيع عرفاً بناءً على القول بأنّ المعاطاة تفيد الملكية، وهو كما ترى. وأما بناءً على الإباحة فالإشكال أكد. ووجه الأكدية هو أنّه لو التزمنا بأنّ المعاطاة تفيد الإباحة ما لم يتصرّف في العين بالتصرّف المخرج فالإشكال واضح بعد عدم تحقّق النقل أو الانتقال من الجانبين.

والمهمّ: أنّ هذا الوجه غير صالح لجعل المقام موضوعاً للمعاطاة.

الأمر (التنبيه) الثالث: تميّز البائع من المشتري في المعاطاة الفعلية مع كون أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمناً، كالدرهم والدنانير والفلوس المسكوكة واضح، فإنّ صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرّح بالخلاف.

وأما مع كون العوضين من غيرها فالثمن ما قصدا قيامه مقام الثمن في العوضية، فإذا أعطى الحنطة في مقابل اللحم قاصداً أنّ هذا المقدار من الحنطة يسوي درهماً هو ثمن اللحم، فيصدق عرفاً أنّه اشترى اللحم بالحنطة، وإذا انعكس انعكس الصدق، فيكون المدفوع بنية البديلة عن الدرهم والدنانير هو الثمن وصاحبه هو المشتري، ولو لم يلاحظ إلاّ كون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون نية قيام أحدهما مقام الثمن في العوضية أو لوحظت القيمة في كليهما: بأن لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم، وذلك المقدار من الحنطة بدرهم فتعاطيا من غير سبق مقابلة تدلّ على كون أحدهما بالخصوص بائعاً، ففي كونه بيعاً وشراءً بالنسبة إلى كلّ منهما؛ بناءً على أنّ البيع لغة كما عرفت مبادلة مال بمال والاشترى ترك شيء وأخذ غيره، كما عن بعض أهل اللغة، فيصدق على صاحب اللحم أنّه باعه بحنطة وأنّه اشترى الحنطة فيحنت لو حلف على عدم بيع اللحم وعدم شرائه الحنطة.

نعم لا يترتب عليهما أحكام البائع ولا المشتري؛ لانصرافهما في أدلّة تلك الأحكام إلى من اختصّ بصيغة البيع أو الشراء، فلا يعمّ من كان في معاملة واحدة مصداقاً لهما باعتبارين، أو كونه بيعاً بالنسبة إلى من يعطى أولاً لصدق الموجب عليه وشراءً بالنسبة إلى الآخذ؛ لكونه

قابلاً عرفاً، أو كونه معاطاة مصالحة؛ لأنّها بمعنى التسالم على شيء؛ ولذا حملوا الرواية في قول أحد الشريكين لصاحبه: «لك ما عندك، ولي ما عندي» على الصلح، أو كونه معاوضة مستقلة لا يدخل تحت العناوين المتعارفة وجوه لا يخلو ثانيها عن قوة؛ لصدق تعريف البائع لغة وعرفاً على الدافع أولاً دون الآخر، وصدق المشتري على الآخذ أولاً دون الآخر، فتدبر^١. [١]

[١] ففي هذا التنبيه حاول الشيخ بيان ما يمكن التمييز بين البائع والمشتري في المعاطاة. وإنّما قيّد في عبارته بالمعاطاة الفعلية فلا تمييز البائع عن المشتري في البيع اللفظي أو المعاطاة بالمقابلة ممكن وواضح. وما هو الصعب هو التمييز بينهما فيما إذا كان كلاهما فاعلان وأفعالهما متشابهة غير معيّنة لأحد العنوانين.

ولذلك قسّم الأمور الصادرة إلى صور:

تارة يكون أحد العوضين ممّا تعارف كونه ثمنًا، كما فيما كان هو الدرهم والدينار والأوراق المالية، فيدفعها لمن دفع إليه المتاع المعروض للبيع فيعدّ صاحب الدرهم... مشترياً ودافع المتاع بائعاً.

وتارة لا يكون أحد العوضين ممّا يتعارف كونه ثمنًا، كما إذا كان كلاهما متاعاً، كالحنطة في قبالة اللحم، أو كان كلاهما ممّا تعارف كونه ثمنًا كالدرهم والدينار في مقابل الريال والدولار، فإن كان المقصود بأحدهما جهة خصوصية المتاعية وفي الآخر جهة المالية فهو أيضاً واضح؛ لأنّ ما قصد به

المتاعية فهو بيع و يعدّ دافعه البائع والآخر يعدّ مشترياً، كما إذا أعطى الحنطة في مقابل اللحم قاصدان هذا المقدار من الحنطة يساوي درهماً هو ثمن اللحم.

وأما إذا لم يقصد إحدى الجهتين أو قصدا كلاهما خصوصية المتاعية وهكذا قصداً أو لاحظا خصوصية المالية دون المتاعية؛ ففي هذه الصورة قد يتصور وجوه:

الأول: ما يمكن تعنون كلّ منهما بعنوان البائع والمشتري، وقد مرّ في بيان الشيخ ابتناء انطباق العنوانين على كليهما على تعريف البيع بمبادلة مال بمال (وحيث إنّ كلّ واحد منهما يبذل ماله بمال الآخر يعدّ بائعاً) وأيضاً: تعريف الشراء من أنّ كلّ واحد منهما ترك شيئاً وأخذ بغيره (وهنا أيضاً كلّ منهما يترك شيئاً حينما يبادل به تركه الآخر، فكلّ واحد منهما بائع ومشتري) الوجه الثاني: أن يكون البائع هو الذي يدفع أولاً والآخر ثانياً هو المشتري؛ لكونه قابلاً عند العرف. ويدلّ عليه العرف واللغة أيضاً من صدق الموجب على الدافع أولاً وصدق القابل على الثاني وقد قوى الشيخ رحمته الله هذا الوجه.

الوجه الثالث: أن يكون معاوضة مصالحه. وعلل بأن معنى الصلح هو التسالم على شيء، ففي المقام يصدق أنّهما تسالما وتصالحا على الحنطة في مقابل اللحم ولأجل أنّ المصالحة في اللغة بهذا المعنى حملوا الرواية على الصلح (عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قال: في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه. فقال كلّ

واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي، فقال: «لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت أنفسهما»^١ فهذه الرواية محمولة على الصلح بمعنى التسالم.

الوجه الرابع: كون هذه المعاوضة معاملة مستقلة غير داخلية تحت العناوين المتعارفة، ولكنها صحيحة؛ لاندراجها في عموم قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾.

قال السيد الخوئي رحمته الله: «لا شبهة في أن الغرض من هذا الأمر ليس هو تمييز مفهوم البائع عن مفهوم المشتري؛ لأنهما من الأمور الواضحة...، ولا أن الغرض من ذلك هو تمييز أحدهما عن الآخر في موارد الشبهات المصادقية بأن يوجد بيع معاطاتي في الخارج ولم يميز فيه البائع عن المشتري من جهة الأمور الخارجية؛ بديهية أن ذلك راجع إلى باب المرافعات ولا صلة له بالمقام، بل الغرض الأقصى من هذا الأمر إنما هو التعرّض لمفهوم البائع والمشتري سعة وضيقاً لكي يتوضّح مقدار صدقهما وقد سمى المصنّف رحمته الله أشباه ذلك في أول كتاب الطهارة بالشبهة في الصدق ومرجعه في الحقيقة إلى الشبهة المفهومية»^٢.

فعليه يلزم بناء البحث عن حقيقة البيع و الشراء ثبوتاً وقد مرّ أن البيع والشراء من الأمور القصديّة الاعتبارية الإنشائية، وهما يتميّزان في مقام

١ . وسائل الشيعة: ج ١٨، ص ٤٤٥؛ كتاب الصلح: ب ٥، ح ١.

٢ . مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ١٧٣.

الثبوت باعتبار المعوضيّة والمثمّنية في طرف البيع وباعتبار العوضيّة والثمنية في جانب الشراء بعد كون حقيقة البيع هي تبديل طرفي الإضافة أو تملك العين بالعوض، وهما عنوانان اعتباريان قصديان يمكن إنشائهما بالفعل كما يمكن باللفظ، كما أنّ حقيقة الاشتراء هي قبول تبديل طرفي الإضافة أو تملك العين بالعوض.

فبعد وضوح ما يتقوّم به البيع والشراء وأنّهما أمران قصديان اعتباريان وليس بأمر قهري خارجي يتّضح وجه اختلاف العقود باختلاف الاعتبارات، فإذا اعتبر الملكية من دون ما يقابلها من العوض فهو هبة وإن اعتبرها مع العوض فهو بيع، وإن اعتبر التسالم فهو صلح وهكذا.

فحقيقة العقد إمّا التزام وقبول أو تملك شيء بعوض والقبول أو الالتزام المرتبط بالالتزام الآخر، فاللازم ملاحظة كيفية التزام البائع بالتمليك والمشتري بالتملك، فالتمييز في مقام الثبوت إنّما هو بالاعتبار والإنشاء ولا بالثمنية والمثمّنية؛ لأنّ تمام المناط بالاعتبار والإنشاء.

فاتضح أنّ تمييز البائع عن المشتري في مقام الثبوت يدور مدار الاعتبار والإنشاء. وإجماله: أنّ من أنشأ التملك يكون هو البائع ومن ينشأ التملك فهو المشتري.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون الإنشاء بالقول أو بالفعل، فكما أنّ البائع في المعاملات القولية هو منشئ التملك والمشتري من ينشأ التملك فكذلك في المعاملات الفعلية.

وأما في مقام الإثبات (وفي مورد الجهل بقاصد التملك و التملك) فقد أفاد الشيخ رحمته الله بأنّ صاحب المتاع يعدّ بائعاً وصاحب الثمن أو ما تعارف

ثمنيته يعدّ مسترياً. ويدلّ على ذلك سيرة العقلاء من اعتبار صاحب المتاع بائعاً وصاحب الثمن مسترياً ولكن لا يؤيد ذلك مقام الثبوت؛ لأنّ المفروض إنّنا نهمل بقصد التملك والتملك بالنسبة إلى الطرفين وأنّ أيّهما قصد ذلك وأيّهما القابل. وصرف ابتداء أحدهما بالإعطاء لا ظهور له في التملك ابتداءً كما لا ظهور في الإعطاء الثاني في القبول، هذا مضافاً إلى انتقاض ذلك بما أعطيا معاً.

ومشكلة أخرى في المقام أشار إليها المحقّق الإيرواني من أنّه إذا قلنا بأنّ صاحب الثمن مسترياً لزم أن يكون كلاهما مسترياً في بيع الصرف^١.

فما قرّاه الشيخ رحمته الله من الوجوه لا يخلو عن الإشكال بل الإشكالات؛ لأنّه مضافاً إلى ما قدّمناه يرد عليه: أنّه قد يتفق عكس ما أفاده كما إذا كان المعطي أولاً هو المشتري لا البائع، سواء كان الثمن من النقود أو الأجناس.

وأما التوجيه بأن يتعنون كلّ واحد منهما بعنوان البائع والمشتري فهذا لا يصحّ إلّا بناءً على جواز استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد؛ حيث يقصد بقوله: «بعت» مثلاً تملك ماله بعوض وتملك مال الآخر بعوض مع أنّ الشيء الواحد لا يمكن أن يملك بوجهين، فلا بدّ من إرادة أحد المعنيين.

وأما الوجه الثالث الذي احتمله الشيخ رحمته الله يكون المعاوضة صلحاً معاطاتياً؛ لأنّ معنى الصلح هو التسالم على الشيء فيصدق عليهما أنّهما

١ . حاشية المكاسب (للإيرواني رحمته الله): ج ١، ص ٨٤..

تسالما وتصالحا على الحنطة في مقابل اللحم وكذا بالدينار في مقابل الدرهم. ويشهد لذلك الرواية المذكورة.

ولكن أُورد عليه: بأنّ المراد من الصلح إن كان ما هو مصداقاً لمفهوم التسالم بالحمل الشائع فهو تام؛ لأنّ مفهوم التسالم أمر موسّع يشمل جميع العقود حتّى النكاح.

إلا أنّ المنشأ في كلّ عقد بدأ غير ما هو المنشأ في الصلح؛ بديهية أنّ كلّ معاملة وإن كانت لا تصدر إلّا عن تسالم بين الطرفين على ملك المعاملة، لكنّه غير عقد الصلح الذي يكون المنشأ فيه نفس عنوان الصلح، فكم فرق بين إنشاء الصلح وبين إنشاء معاملة وقع التسالم عليها من الطرفين نعم، إنّ نتيجة إنشاء الصلح بعقده قد يتحد مع نتيجة بعض العقود الأخر.

وإن كان المراد من الصلح ما هو إنشاء لمفهوم المصالحة التي يتميّز عن بقية العقود، فهو واضح البطالان؛ ضرورة أنّ التعاطي المزبور بعيد عن مفهوم الصلح وحقيقته. وأمّا الرواية فهي تناسب الهبة المعوّضة.

فالمتحصل: حصر العلاج إلى القول بالوجه الأخير وهو القول بكونها معاوضة مستقلة من غير أن يدخل تحت العناوين المتعارفة؛ لصحّة اندراجها في عموم قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾.

الأمر الرابع: أنَّ أصل المعاطاة وهو إعطاء كل واحد منهما الآخر ماله يتصوّر بحسب قصد المتعاطيين على وجه:
 أحدها: أن يقصد كل منهما تملك ماله بمال الآخر فيكون الآخر في أخذه قابلاً ومتملكاً بإزاء ما يدفعه، فلا يكون في دفعه العوض إنشاء تملك، بل دفع لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملكه، فيكون الإيجاب والقبول بدفع العين الأولى وقبضها، فدفع العين الثانية خارج عن حقيقة المعاطاة. فلو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة. وبهذا الوجه صححنا سابقاً عدم توقّف المعاطاة على قبض كلا العوضين، فيكون إطلاق المعاطاة عليه من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء دون القول، لا من حيث كونها متقومة بالعطاء من الطرفين. ومثله في هذا الإطلاق لفظ المصالحة والمساقاة والمزارعة والمؤاجرة وغيرها. وبهذا الإطلاق يستعمل المعاطاة في الرهن والقرض والهبة. وربما يستعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل ولو لم يكن إعطاء وفي صحته تأمل^١. [١]

[١] قد مرّ منه (في الأمر الثاني) تحقّق المعاطاة بفعل الطرفين. وفي هذا الأمر بصدد بيان ما قصده المتعاطيان والفارق بينهما واضح؛ حيث صرح الشيخ رحمته الله في صدر كلامه بأنّه في مقام بيان تصوير المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين وقسمه إلى أربعة أقسام:

الأول: هو أن يقصد كل من المتعاطيين تملك ماله بمال الآخر.

الثاني: المقصود هو التمليك في مقابل التمليك، فالقصد الحقيقي هو المبادلة بين التملّيكين لا المملوكين.

الثالث: المقصود هو إباحة المال بالعوض بأن يقصد الباذل أولاً إباحة ماله للأخذ بإزاء أن يملك الآخذ ماله إيّاه، فيقع المبادلة بين الإباحة والتمليك.

الرابع: المقصود إباحة مال في مقابل إباحة مال بأن يقصد كلّ من المتعاطين إباحة ماله للآخر بإزاء إباحة الآخر ماله إيّاه، فيقع المقابلة بين الإباحتين.

أما القسم الأول: وهو المقابلة بين المملوكين، فقد صرّح الشيخ رحمته الله بصحّته؛ لشمول العمومات الدالة (كقوله تعالى: أحلّ الله البيع، تجارة عن تراض) على صحّة البيع ولزومه، لما مرّ من عمومها للعقود القولية والفعلية، فبالطبع تترتب عليه أحكام البيع وآثاره، فهو عقد فعلي وإن أشكل في إطلاق عنوان المعاطاة عليه؛ لأنّه على المفروض (أي التمليك بالعوض والأخذ بمعنى القبول وإعطاء الثمن بعد ذلك يعدّ وفاءً بما التزم به على نفسه) لا دخل لإعطاء المشتري في حقيقة البيع ولذا صرّح بأنّه لو لم يدفع المشتري الثمن لم يضرّ بمالكية البائع، كما لا يضرّ بمالكية الآخذ ولذلك لو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة؛ لأنّ دفع العين الثانية خارج عن حقيقة المعاطاة بمعنى تحقّقها وانعقادها.

وتوجيه الصحّة مبتن على ما قرّر في الصرف من كثرة استعمال هيئة (فاعل) في المبدأ القائم بواحد، كقوله: زيد طالع الكتاب أو هو خاطب

القوم، فيما ذكر صدق المعاطاة حقيقة وإن مال الشيخ رحمته الله وبعضهم على صدقها مسامحة أو اصطلاحاً.

وأما القسم الثاني (عبارة الشيخ رحمته الله): أن يقصد كلّ منهما تملك الآخر ماله بإزاء تملك ماله إيّاه، فيكون تملك بإزاء تملك، فالمقابلة بين التملكين لا الملكين والمعاملة متقومة بالعطاء من الطرفين، فلو مات الثاني قبل الدفع لم يتحقّق المعاطاة. وهذا بعيد عن معنى البيع وقريب إلى الهبة المعوّضة؛ لكون كلّ من المالين خالياً عن العوض، لكن إجراء حكم الهبة المعوّضة عليه مشكل؛ إذ لو لم يملكه الثاني هنا لم يتحقّق التملك من الأول؛ لأنّه إنّما ملكه بإزاء تملكه، فما لم يتحقّق تملك من الثاني لم يتحقّق تملكه، إلّا أن يكون تملك الآخر له ملحوظاً عند تملك الأول على نحو الداعي لا العوض، فلا يقدح تخلّفه. فالأولى أن يقال: إنّها مصالححة وتسالم على أمر معيّن أو معاوضة مستقلة)، انتهى^١.

[١] والفارق بين هذا القسم والقسم الأول: أنّه يتوقّف تمامية المعاملة هنا بالإعطاء والأخذ، فلو مات الآخذ تبطل المعاملة بخلاف القسم الأول، فإنّه فيه يلزم على الورثة الوفاء بالعوض، ولهذا استبعد الشيخ رحمته الله عدّ هذا القسم من البيع؛ لاختصاص المعوّض بالعين في البيع ولا معنى لجعل التملك بعنوان المعوّض والعوض، ولعلّه لذلك استقرب معنى الهبة المعوّضة في

المقام، ثم أشكل عليه ومال إلى أنّه من مقولة المصالحة أو أنّه معاوضة مستقلة.

وأورد عليه السيد الخوئي رحمته الله قائلاً: - بعد تصوير المقام بوقوع المبادلة بين التملّيكين - «فلا نعقل له معنى محصّلاً؛ بديهية أنّ حقيقة البيع عبارة عن إعدام إضافة مالكية عن كلّ من العوضين وإيجاد إضافة أخرى مالكية في كلّ منهما من دون أن يلزم منه تبديل سلطنة المالك لسلطنة أخرى لكي يحتاج ذلك إلى وجود سلطنة ثالثة وهكذا حتّى يلزم منه التسلسل.

وهذا بخلاف مقابلة التملّيك بالتملك، فإنّها تحتاج إلى وقوع المقابلة بين السلطنتين وهو يحتاج إلى سلطنة أخرى وهكذا إلى غير النهاية، وإذن فمقابلة التملّيك بالتملك بعيد عن حدود البيع. وأضف إلى ذلك أنّ مفهوم البيع إنّما هو إنشاء تبديل عين بعوض وقد تقدّم ذلك عند البحث عن تعاريف البيع ومن المعلوم أنّ التملّيك بنفسه من قبيل الأفعال فلا يقع مبيعاً، ثمّ إنّ من المستحيل نقل التملّيك إلى غيره بدأ بإعطاء العين أو بقبول ملكيتها، بل لا بدّ من نقل التملّيك من إنشاء آخر يتضمّن ذلك كقوله: «ملّكتك تملّيكى العين الفلانية، أو بأن يشترط التملّيك في ضمن عقد لازم بأن باع داره من شخص واشترط في ضمن البيع أن يملكه ماله الفلاني بحيث يكون متعلّق الشرط نفس التملّيك دون المملوك.

وعلى الجملة: إنّ الملكية الشرعية اعتبار شرعي غير قابل للتمليك،
والتمليك العقدي فعل من أفعال العاقد وهو إن كان قابلاً للتمليك، إلّا أنّه
غير قابل له بتمليك المال لفظاً بمثل ملكت أو بإعطاء المال فعلاً...»^١

وأما الإيراد على الشيخ رحمته الله في كلام السيد الميلاني رحمته الله بعد تصوير
كلامه بجعل تمليك الغير معوضاً عن تمليك نفسه، فالعوض والمعوض
كلاهما هو التمليك، ثم قال: والبحث في مراحل:
الأولى: هل يعقل جعل التمليك نفسه معوضاً؟ وكان الشيخ فارغ عن
إمكان هذا.

والثانية: على تقدير المعقولة هل يأخذ الطرف المقابل يتحقق القبول أو
لابدّ من التمليك الآخر؟ (يقول السيد رحمته الله بالتحقق^٢ خلافاً للشيخ والحق مع
الشيخ).

الثالثة: أنّه على تقدير الصحة هل هو بيع أو هبة معوضة أو صلح أو
معاوضة مستقلة؟

أما المرحلة الأولى: فهل المراد من التمليك هو المصدر، فالمعنى
المصدري هو المجعول معوضاً عن المعنى المصدري، أو المعنى الاسم
المصدري، أعني: الملكيتين؟ ظاهر الشيخ الأول، وقال شيخنا الأستاذ (أي

١ . مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ١٧٨.

٢ . محاضرات في فقه الإمامية (كتاب البيع): ص ١٤١.

٣ . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي رحمته الله): ج ١، ص ٧٨.

الإصفهاني): «إنَّه غير معقول^١ وإليك نصّ كلامه: «إنَّ أصل المقابلة بين التملّيكين فيه غموض وخفاء، فإنَّ التملّيك بالإعطاء حال تعلّقه بمتعلّقه ملحوظ آلي، وفي جعل نفسه معوّضاً يحتاج إلى لحاظ استقلاله، ولا يعقل اجتماع اللحاظين المتباينين في ملحوظ واحد، فلا بد من أن يكون هذه المعاملة في ضمن معاملة أخرى كالصلح»^٢.

وتوضّحه في بيان السيد الميلاني: المعاملة تسبّب إلى تحقّق المضمون أي معوّضية شيء لشيء، فلا محالة كون الشيء معوّضاً مقصوداً بالأصالة والاستقلال والسبب - وهو الإنشاء - دائماً يصدر بالاختيار وهو مراد لكّنه في مرحلة التأثير يكون ملحوظاً آلةً للمسبّب» فهو ملحوظ آلة إلى تحقّق شيء آخر، فإذا كان نفس التملّيك معوّضاً يلزم كونه مقصوداً بالاستقلال وكونه ملحوظاً آلةً لكونه سبباً، واجتماع اللحاظين في آن واحد شيء محال. وهذا نظير ما ذكره في الأصول من عدم معقولية استعمال اللفظ في نفسه فدائماً المستعمل فيه ملحوظاً بالاستقلال واللفظ ملحوظاً آلياً فاستعمال اللفظ في نفسه يستلزم اجتماع اللحاظين، فإن أُريد من التملّيك المعنى الاسم المصدري يرد عليه - مضافاً إلى ما ذكر الإصفهاني - : أنّه يلزم أن يكون الإنسان مالكاً لملكه نفسه، الملكية نحو من السلطنة ولا معنى لأن يكون متسلّطاً على سلطنته.

١ . محاضرات في فقه الإمامية (كتاب البيع): ص ١٣٨.

٢ . حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني رحمته): ج ١، ص ١٦٢.

وأورد على السيد الخوئي (شيخنا الأستاذ دام ظلّه) بأنّه التزم في صدر كلامه بأنّ التملك بإزاء التملك يعدّ معاملة بين سلطنتين وهي تحتاج إلى سلطنة أخرى ولا تخرج من هذا المحذور بوقوعها في ضمن عقد آخر، بل نحتاج إلى سلطنة أخرى، فلا مناص من أحد الأمرين: إمّا أن لا يكون المبادلة بين التملكين مبادلة بين سلطنتين، فيبطل الإشكال الأول، وإمّا أن يكون مبادلة بين سلطنتين، والتفصيل بين عدم تحقّقه في المبادلة بين التملكين وتحقّقه في ضمن معاملة أخرى مع العلم أنّه لا وجه للالتزام بأنّ السلطنة على السلطنة تحتاج إلى سلطنة أخرى، فهذا المحذور لازم في كلا صورتين.

وأما ما قاله في الفقرة الثانية من كلامه حول استحالة المقابلة بين التملكين بإنشاء واحد يملك المال به وأنّه لا يتحقّق إلّا في ضمن عقد آخر. فإن كان وجه الاستحالة عنده بنفس ما ذكره المحقّق الإصفهاني (من لزوم اجتماع اللحاظين في التملك) فالجواب الجواب.

وإن كان وجه الاستحالة لزوم التسلسل فقد تقدّم الجواب عنه. وإن كان وجه الاستحالة هو أنّه لا تتمّ المقابلة بين تملكين إلّا بحصول التبديل بين مالين موجودين خارجاً أو اعتباراً في الذمّة - كما ذكره في الدورة الأولى - والمقابلة المفروضة (في القسم الثاني) فاقدة لهذا الشرط من جهة عدم وجوده الخارجي أو الذمي؛ لأنّه بمجرد أن يقول: (ملكك تملكي) ينعدم ولا يبقى شيء في الخارج.

فالجواب عنه: إنّ لازم هذا المحذور استحالة تحقّقها حتّى في معاملة أخرى وبإنشاء آخر أو صلح أو شرط في ضمن العقد مع أنّه التزم بتحقّقها في عقد آخر، هذا أولاً.

وثانياً: بالرغم من عدم تحقّق المقابلة وانعدامه خارجاً واعتباراً لكن له أثر مهم وهو انتقال المال، فقلوه: (ملّكتك تمليكي) وإن يوجب انعدام الملكية خارجاً واعتباراً، لكنّه يؤثّر في انتقال متعلّقه وهو المال. ولأجله يمكن المصالحة على مبادلة التملّكين أو التعامل عليه من خلال الشرط في ضمن العقد؛ إذ المطلوب هو مجرد وصول شيء إلى الآخر، فالإشكال مندفع.

وأما ما أورده المحقّق الإصفهاني (وأَيّده السيّد الميلاني): إنّ هذا المحقّق التزم (في مبحث الحقيقة الشرعية) بإمكان تحقّق الوضع عن طرق عديدة: منها الاستعمال ومنها الإنشاء وناقش هناك في صحّة الوضع الاستعمالي قائلاً: «بأنّ الوضع الاستعمالي يستلزم لحاظين (الآلي والاستقلالي) حيث يمكن ملاحظة اللفظ حين الاستعمال آلياً أو استقلالياً ومعلوم أنّه لا يتمّ تحقّق الوضع إلّا باللحاظ الاستقلالي دون الآلي. ولكنّه أجاب: بأنّه لا يضرّ هذين اللحاظين بصحّة الوضع، فيمكن للواضع أن ينظر إلى اللفظ حين الاستعمال آلة ويجعله لازماً، ثمّ يجعل منه الملزوم وهو الوضع وحينما يجعل اللازم يلاحظ اللفظ آلة وفيما يجعله ملزوماً يلاحظه مستقلاً. وهذا الجواب جار في المقام؛ لأنّ لازم تبديل الملكيتين هو تبديل المملوكين وبنفس هذا الإنشاء يجعل اللازم وهو تبديل المملوك ثمّ يجعل منه الملزوم.

فإلى هنا ثبت معقولية هذا القسم وما أورد عليه من عدم المعقولية لم يتم إلا أن الكلام في صحة هذه المقابلة عرفاً بعد القول بعدم استحالتها عقلاً فمقتضى القاعدة عدم التفصيل؛ لأنه إن قلنا بعدم عقلانية المبادلة بين تمليكين ولزوم كون المقابلة بين المالكين (خارجاً أو اعتباراً) لا يمكننا الالتزام بجواز المبادلة بينهما بأسباب أخرى، كالصلح أو الشرط في ضمن العقد؛ لأنه لا يمكن تحصيل المقابلة العرفية بأسباب أخرى بعد استحالة أصل المقابلة عقلاً. وأما من التزم بعقلانية فعله أن يقول بصحتها العرفية.

ولكن الإشكال أولاً: توقف مفهوم البيع على كونه إنشاءً بتبديل عين بعوض ومن المعلوم أن التملك بنفسه من قبيل الأفعال فلا يقع مبيعاً. وثانياً: إن الإنشاء لابد أن يكون فيه سبب عقلائي، فلا يمكن إنشاء العناوين المعاملية (بالقول أو الفعل) لمطلق الأفعال والأقوال والألفاظ، بل لابد أن يكون لها الصلاحية لإبراز العنوان المطلوب والمقصود. وبذلك أكد النائي رحمته الله: عدم إمكان إنشاء البيع بسبب ليس فيه السببية للمسبب كالطيران في الهواء، بل لابد أن يكون السبب سبباً عرفاً وعقلاً. وقوله: (ملكك المال) لا يوجب المبادلة بين التمليكين عرفاً، بل يفيد المبادلة بين المالكين نعم، تحصل المبادلة بين التمليكين بصيغة (ملكك تمليك) إذن فالمحذور إثباتي.

وبعد التنزل والقول بحصول المقابلة بين التمليكين فهل المعاطاة حينئذ يتوقف على إعطائين، أو يتحقق بإعطاء واحد؟ فقد أفاد الشيخ رحمته الله: بتوقفها على حصول إعطائين وإلا فلا يتحقق المعاطاة.

وعلى الجملة: فلعلة لجميع ما ذكر استبعد الشيخ رحمته الله هذا القسم عن معنى البيع؛ لكون كل من المالكين خالياً عن العوض (حيث إن هذا القسم كما بينه مشتمل على المقابلة بين التمليكين ولا الملكين، فيكون تملك بإزاء تملك فليس هناك شيء حتى يجعل عوضاً. وصرف قصد العوضية لا يحقق العوض).

ثم إن الشيخ قال: إنَّ المقام قريب من الهبة المعوضة، ثمَّ أشكل وقال: «لكن إجراء حكم الهبة المعوضة عليه مشكل؛ إذ لو لم يملكه الثاني هنا لم يتحقق التملك من الأول؛ لأنَّه إنَّما ملكه بإزاء تملكه، فما لم يتحقق تملك الثاني لم يتحقق تملكه؛ إلا أن يكون تملك الآخر له ملحوظاً عند تملك الأول على نحو الداعي لا العوض، فلا يقدح تخلفه. فالأولى أن يقال: إنَّها مصالححة وتسالم على أمر معيَّن أو معاوضة مستقلة»^١ انتهى. [١]

[١] وأمَّا إشكاله في تحقُّق الهبة المعوضة مستدلاً: بأنَّه لو لم يملكه الثاني لم يتحقَّق التملك من الأول (لعدم تحقُّق المقصود وهو التملك في مقابل التملك). إلا أن يقال: بأنَّ التملك واقعي بداعي تملك الآخر له، فهنا لا يلزم تحقُّق الإعطاء من الطرف الآخر لتمامية المعاوضة وهي متحقَّقة بالإعطاء والأخذ. وكذلك يتم المعاملة بالإعطاء والأخذ إذا ملكه بالإعطاء بشرط أن يملكه الآخر وإذا تخلف يحصل له خيار تخلف الشرط.

وكيف كان، وجه تعريف الهبة المعوّضة من جهة أنّ هنا تملّكين وملكيّتين والمعاوضة بينهما تنتهي إلى المعاوضة بين المالين.

أمّا الصلح: فاحتمله الشيخ رحمه الله ولكنّه بما أنّه عقد إنشائي ولا بدّ من وقوعه بإنشاء خاصّ أو وقوع التصالح والتسالم في حيّز الإنشاء، فلا يكفي مجرد وقوعه بإنشاء تبديل الملكيتين لإفادة الصلح ومصادقاً له وإلاّ فإنّ الصلح موجود وحاصل في جميع المعاوضات.

وأما المعاوضة المستقلّة: فإن قلنا بشمول العمومات والسيرة له ولم نقل باختصاصها بالمعاملات المتعارفة فلا بأس، وإلاّ فهي معاملة باطلة.

ولكنّ الإشكال: في تمامية قيام السيرة العقلانية مع عدم ردع الشارع عنها على عدّ المعاملة بين التملّكين من مقولة المقابلة والمعاملة، هذا أولاً.

وأما الأدلّة الخاصّة فهي أيضاً مفقودة في المقام؛ لأنّه ليس في الباب دليل خاصّ على عنوان تبديل التملّكين وعدّه من المعاملات.

وأما الأدلّة العامة وهي قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ وأيضاً قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

أمّا الآية الأولى: فيشكل التمسّك بها من جهة صدق مفهوم التجارة على مثل هذه المبادلة (لأنّ المبادلة بين تملّكين لا يعدّ بيعاً عرفياً) لأنّ عنوان التجارة لا يعمّ كلّ معاملة مستحدثة غير متعارفة. فبالنتيجة: إن لم نحرز صدق مفهوم التجارة في المقام يكون التمسّك بالآية من مصاديق التمسّك بالدليل في الشبهة المفهومية للموضوع.

وأما الآية الثانية: فهي بعد احتمال اختصاصها بالعقود المتعارفة المتداولة بين الناس يشكل التمسك بها لإثبات صحة هذه المعاملة الفعلية.

ثالثها: أن يقصد الأول إباحة ماله بعوض، فيقبل الآخر بأخذه إياه فيكون الصادر من الأول الإباحة بالعوض ومن الثاني بقبوله لها التملك، كما لو صرح بقوله: أبحث لك كذا بدرهم.

رابعها: أن يقصد كلّ منهما الإباحة بإزاء إباحة الآخر، فيكون إباحة بإزاء إباحة، أو إباحة بداعي إباحة على ما تقدّم نظيره في الوجه الثاني: من إمكان تصوّره على نحو الداعي وعلى نحو العوضية.

وكيف كان: فالإشكال في حكم القسمين الأخيرين على فرض قصد المتعاطين لهما. ومنشأ الإشكال أولاً: الإشكال في صحة إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على ملكية المتصرّف بأن يقول: أبحث لك كلّ تصرّف من دون أن يملكه العين.

وثانياً: الإشكال في صحة الإباحة بالعوض الراجعة إلى عقد مركّب من إباحة وملك.

فنقول: أمّا إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك، فالظاهر أنّها لا تجوز؛ إذ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرد إذن المالك، فإن أذن المالك ليس مشروعاً وإنّما يمضي فيما يجوز مشروعاً، فإذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره غير معقول، كما صرح به العلامة في

«القواعد»^١ فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه؟ نعم، يصحّ ذلك بأحد الوجهين كلاهما في المقام مفقود:
 أحدهما: أن يقصد المبيع بقوله: أبحت لك أن تبيع مالي لنفسك أن ينشأ توكيلاً له في بيع ماله له، ثم نقل الثمن إلى نفسه بالهبة...
 الثاني: أن يدلّ دليل شرعي على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة^٢. [١]

[١] أشكل الشيخ رحمته الله في صحّة هذين القسمين بإشكالين:
 الأول منهما مشترك بين الوجهين وهو: أن إباحة المالك جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك باطل عقلاً وشرعاً، فإنّ المالك إذا قال: «أبحت لك هذا المال بإزاء كذا» فقد أباح للمعطي الآخذ التصرفات وحيث لم يعيّن متعلق الإباحة يعمّ جميع التصرفات حتّى التصرفات المالكية ويكون ذلك مباحة بنفس الإباحة المالكية. ولكن هذه يتضمّن محذوراً عقلياً وشرعياً.
 أمّا العقلي: فإنّ إباحة البيع من جملة التصرفات المباحة، ومعلوم أنّ حقيقة البيع متقوّمة بالمبادلة في الإضافة وتبديل طرفي الإضافة والملكية، وهذه الحقيقة تقتضي دخول الثمن في ملكية من خرج منه المثلث وبالعكس، فإذا أباح المالك جميع التصرفات فإنّ للمباح له أن يبيع المال المباح، فإذا باع لا يخلو إمّا أن يبيع للمالك، فهو خلاف الفرض الذي هو جواز أن يتصرّف فيه بنفسه، وإمّا أن يبيع لنفسه وهو غير معقول بعد خروج

١ . قواعد الأحكام: ج ١، ص ١٦٦.

٢ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٨٢-٨٤.

المثمن من ملك المبيع ودخول الثمن في ملك المباح له ويكون منافياً مع مفهوم المبادلة وباطلة عقلاً، فقول الشيخ رحمته الله: «إذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره كما صرح به العلامة في «القواعد» فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه» وإشكاله هذا شامل للوجه الثالث، حيث إن أحدهما قصد الإباحة وأيضاً يشمل الوجه الرابع؛ حيث إن كليهما قصداً للإباحة، ففي الوجهين يكون المال باقياً على ملك صاحبه الأول وأوضحنا وجه غير المعقولة آنفاً.

وأما المحذور الشرعي: فإنه بمقتضى «لا بيع إلا في ملك» يكون تصرف المباح له الذي لم يكن مالاً تصرفاً في غير الملك وباطل، فيكون الإباحة المطلقة باطلة.

ثم إن الشيخ رحمته الله استدرك وقال: «نعم يصح ذلك بأحد الوجهين كلاهما في المقام مفقود: أحدهما: أن يقصد المبيع بقوله: أبحث لك أن تبيع مالي لنفسك أن ينشأ توكيلاً له في بيع ماله ثم نقل الثمن إلى نفسه بالهبة، أو في نقله أولاً إلى نفسه ثم يبيعه، أو تملكاً له بنفس هذه الإباحة، فيكون إنشاء تملك له ويكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله، كما صرح في «التذكرة»^١ بأن قول الرجل لمالك العبد: «أعتق عبدك عني بكذا» استدعاء لتملكه وإعتاق المولى عنه جواب لذلك الاستدعاء، فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء والجواب، ويقدر وقوعه قبل

١. تذكرة الفقهاء: ج ١، (ط. ق) ص ٤٦٢.

العقق آنأما (أي وقوع النقل والانتقال) فيكون هذا بيعاً ضمناً لا يحتاج إلى الشروط المقررة لعقد البيع»^١ انتهى. [١]

[١] توضيح ما أفاده أن يكون المبيع قاصداً توكيل المباح له تملك المال لنفسه قبل البيع مجاناً ثم يبيعه، فحينئذٍ تصحّ المعاملة؛ لعدم كونها منافياً لمفهوم المعاوضة، أو يوكل المباح له تملك الثمن لنفسه بعد البيع مجاناً، فحينئذٍ أيضاً لا ينافي هذه المعاملة مع مفهوم البيع؛ لخروج المثلث من ملك المبيع و دخول الثمن في ملكه لكنّه بالوكالة تملك الثمن بعد البيع مجاناً بالهبة مثله.

أو القول بأن صيغة الإباحة بمنزلة التملك أو التملك في ضمن الإباحة وقبول المباح له هذا التملك الضمني في ضمن العقد وقد صحّ ذلك العلامة (في التذكرة) كما ذكره الشيخ.

ثم أشكل الشيخ في جميع هذه الصور بقوله: «ولا شك أن المقصود فيما نحن فيه نفس الإذن في نقل المال إلى نفسه أولاً ولا في نقل الثمن إليه ثانياً، ولا قصد التملك بالإباحة المذكورة ولا قصد المخاطب التملك عند البيع حتى يتحقّق تملك ضمني مقصود للمتكلّم والمخاطب كما كان مقصوداً ولو إجمالاً في مسألة «أعتق عبدك عني» ولذا عدّ العامة والخاصّة من الأصوليين دلالة هذا الكلام على التملك من دلالة الاقتضاء التي عرّفوها: بأنّها دلالة مقصودة للمتكلّم تتوقّف صحّة الكلام عقلاً أو شرعاً عليه، فمثّلوا للعقلي بقوله تعالى: ﴿وَاسْئَلِ

الْقَرِيَّةَ^١ وللشرعي بهذا المثال. ومن المعلوم بحكم الفرض أنَّ المقصود فيما نحن فيه ليس إلا مجرد الإباحة^٢. [١]

[١] وحاصل ما أفاده الشيخ عليه السلام بأن هذه الوجوه بأجمعها لا تكون مصححة للوجهين؛ لأنّه لا موضوع لها في المقام؛ حيث إنّ لم يقصد المبيع التوكيل ولا القصد الضمني وما قصده الإباحة المجردة محضاً ولا غير.

(الوجه) الثاني (الذي ذكره الشيخ لصحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك حينما قال: نعم يصح ذلك بأحد الوجهين): أن يدلّ دليل شرعي على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة، فيكون كاشفاً عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع آنأماً، فيقع البيع في ملكه، أو يدلّ دليل شرعي على انتقال الثمن عن المبيع بلا فصل بعد البيع، فيكون ذلك شبه دخول العمودين في ملك الشخص آنأماً لا يقبل غير العتق، فإنّه حينئذٍ يقال بالملك المقدّر آنأماً للجمع بين الأدلّة (ومراده من الأدلّة: دليل: لا عتق إلا في ملك ودليل: إنّ الانسان لا يملك عموديه، ومقتضى الجمع بينهما هو القول بالملكية الآنية لتصحيح العتق)

وهذا الوجه مفقود فيما نحن فيه؛ إذ المفروض أنّه لم يدلّ دليل بالخصوص على صحة هذه الإباحة العامة وإثبات صحّته بعموم مثل: «الناس مسلّطون على أموالهم» يتوقّف على عدم مخالفة مؤدّاها لقواعد أخر، مثل توقّف انتقال الثمن إلى الشخص على كون المثلث

١. يوسف (٥٠): ٨٢.

٢. كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٨٤.

مالاً له وتوقّف صحّة العتق على الملك وصحّة الوطاء على التحليل بصيغة خاصّة لا مجرد الإذن في مطلق التصرف....»^[١]

[١] ومحصل كلامه في الوجهين: إنّ إباحة التصرفات حتّى المتوقّفة على الملكية موقوفة على تحقّق موضوع الملكية إمّا بنحو الضمنية، أو التقييد، أو بالملازمة؛ لعدم تحقّقها بالصرّاحة. أمّا الضمنية فكقوله: «أعتق عبدك عني، أو إذبح غنمي هدياً لنفسك، بعد اشتراط كون الهدي في الملك» ومن المعلوم أنّ قوله: «أبحث لك كلّ تصرف» لا يقصد به التمليك والتملك والمراد منه واضح.

وأما الوجه الثاني: فهو بصدد بيان عدم تكفّل الأدلّة العامّة مثل قوله: «الناس مسلّطون...» إثبات صحّة التصرفات مطلقاً حتّى المتوقّفة على الملكية، بل هي موقوفة على عدم وجود دليل مخالف لها، فالحكم بتسلّط الناس على أموالهم وإن دلّ على أنّ الناس لهم أن يفعلوا فيها ما يشاءون ومنه الإباحة للغير في أن يتصرّف في ماله التصرف الموقوف على الملك، إلّا أنّ القاعدة المسلّمة الدالّة على أنّه «لا بيع إلّا في الملك» تقتضي أنّ التصرف البيعي أو العتق والوطء موقوف على ثبوت الملك، فيكون قاعدة السلطنة من أوّل الأمر محدودة بالتسلّط المشروع على الأموال، ودليل «لا بيع إلّا في ملك» يدلّ على عدم تسلّط المالك على ماله في الإذن لغيره بالتصرّف الموقوف على الملك.

وأورد المحقق الإيرواني على إشكال الشيخ من لزوم إنشاء التوكيل... أو التملك بنفس الإباحة حتى يتحقق تملك ضمني قائلاً أنه «يندفع هذا الإشكال بتفسير الإباحة المالكية وشرح معنى إذن المالك في التصرف في ملكه، فنقول: معنى قول المالك: «أبحت لك التصرف في مالي» هو رفعت المنع الشرعي عنك برفعي لما هو الموضوع في هذا المنع وهو عدم رضاي بالتصرف وقلب عدم رضاي برضاي، فتكون إباحة المالك ورخصته إباحة مالكية بلا واسطة وإباحة شرعية مع الواسطة وبواسطة الإباحة المالكية، فإذا فرضنا: أن إباحة المالك هذه اختصت بالتصرفات غير الموقوفة على الملك الكافي فيها إذن المالك كفى في تسويغ تلك التصرفات شرعاً هذه الإباحة؛ إذ ليس موضوع ذاك إلا هذا. وأما إذا عمّت كل التصرفات حتى المتوقفة منها على الملك لم تكن رخصة مالكية مسوّغاً لتلك التصرفات؛ إذ كان موضوع جواز تلك التصرفات شرعاً هو الملك، فإذا حصل جازت وإلا لم تجز، فلا جرم كانت إباحتها متضمنة لآخر وهو جعل موضوع تلك التصرفات أعني: التملك، فكما أن (أعتق عبدي عنك) متضمن للتملك وتمليك بعبارة الإذن في العتق كذلك (أبحت لك عتق عبدي ووطء جاريتي وبيع داري ووقف حمامي) تملك بعبارة الإذن في التصرف. ومثله: لفظ عام اندرج فيه كل المذكورات، فما وجه الإشكال في هذه وعدم الإشكال في (أعتق عبدي عنك) بل بالنسبة إلى إباحة العتق في المقام ومثال الإذن في العتق واحد لا يختلفان نعم، إذا كان إباحة التصرف من المالك بمعنى الرضا به وعدم كراهته بلا تعرض لحكم الشارع بحيث لو أراد المأذون التصرف احتاج إلى الإذن من الشارع أيضاً، كإذن أحد الشريكين في المال المحتاج

جواز التصرف فيه إلى إذن الآخر أيضاً، فإذا حصل منه إذن جاز التصرف وإلا فلا يجر ما ذكرناه وكان ممنوعاً من التصرفات المتوقفة شرعاً على الملك، كما هو ممنوع من التصرفات المحرمة بالذات، كوطء العبد وأكل لحم الحيوان المحرم الأكل وإن رضي المالك بالتصرف في كل ذلك؛ لأن مجرد رضاه لا يجدي ما لم يرخص الشارع أيضاً ثم إن ما قلناه من التمليك الضمني لا يتوقف على الالتفات إلى توقف التصرفات المأذون فيها على الملك، بل التمليك الضمني حاصل ولو مع الجهل بذلك التوقف كما أن الإذن في الشيء إذن في لوازمه على سبيل الإجمال وإن جهل بلوازمه بل جهل بوجود اللازم له نعم، مع اعتقاد عدم وأنه لا لازم له يشكل كونه إذناً فيه.

هذا كله في تصوير الجعل المالكى للملكية جعلاً ضمناً مضمراً في عبارة (أبحت لك كل التصرفات).

ولنا أن نلتزم بالجعل التعبدى الشرعى أيضاً. بيانه: إن دليل السلطنة بعمومه وشموله لكل تصرف يقتضى جواز إذن المالك في التصرفات المتوقفة على الملك ولا مانع من الأخذ بهذا العموم سوى دليل توقف تلك التصرفات على الملك وهذا لا يصلح أن يكون مانعاً من الأخذ بهذا العموم، بل يؤخذ بالعمومين ويستكشف حصول الملك الشرعى التعبدى في موضوع إذن المالك في تلك التصرفات وإن لم يخطر ببال المالك ولا قصده. وكل دليلين كانا كذلك بأن أمكن الأخذ بعمومهما وإن لم يكن من الأخذ بعمومهما استكشاف أمر آخر أخذ بعمومهما واستكشف ذلك الأمر سواء كان الدليلان لفظيين أم كانا مختلفين. وذلك أن أصالة العموم متبعة ما أمكن إتباعها، فإن

لم يكن يتصرّف فيه حينئذٍ بالتخصيص فإذا دلّ دليل على وجوب إكرام كلّ عالم ثمّ دلّ دليل آخر على حرمة إكرام كلّ فاسق واحتملنا أنّ العمومين باقيان على عمومهما غير منثلمين لعدم التداخل في أفراد العامين حكمنا بالبقاء وعدم الانثلام، فكانت نتيجة الأخذ بهما عدالة كلّ العلماء وعدم علم كلّ الفساق وهكذا المقام، نتيجة الأخذ فيه بعموم دليل السلطنة وعموم دليل توقّف بعض التصرفات على الملك هو حصول الملك الشرعي الإلهي بجعل من المالك الحقيقي مقارناً لإذن المالك وإباحته للتصرفات المتوقّفة على الملك كي لا يلزم تخصيص في دليل السلطنة ولا تخصيص في دليل توقّف التصرفات الخاصّة على الملك»^١.

هذا ما أفاده المحقّق المذكور ذكرناه بطوله.

ولكنّ الإيراد عليه: الغفلة عمّا بيّنه الشيخ رحمته الله من توقّف التملك الضمني على دلالة الاقتضاء وهي موقوفة على قصد المتكلّم والمخاطب (كما صرح الشيخ بقوله: كما كان مقصوداً ولو إجمالاً في مسألة أعتق عبدك عني، وأنّها دلالة مقصودة للمتكلّم يتوقّف صحّة الكلام عقلاً وشرعاً كقوله تعالى: ﴿وَاسْئَلِ الْقَرْيَةَ﴾ وأيضاً «أعتق عبدك عني») ففي المقام بعد عدم كونه مقصوداً على المفروض ولا يكون صحّة الكلام موقوفاً عليه فكيف يمكن القول بتحقيق التملك الضمني عند الإباحة فقط هذا وما أفاده من أنّ «التمليك الضمني لا يتوقّف على الالتفات إلى توقّف التصرفات المأذون

١ . حاشية المكاسب (للإيراني رحمته الله): ج ١، ص ٨٤-٨٥.

فيها على الملك، بل التمليك الضمني حاصل ولو مع الجهل بلوازمه...»^١ -
 ينافي مؤدّى دلالة الاقتضاء من الالتفات إلى لوازمه كما توقّف العتق على
 الملك. مضافاً إلى أنّ التمليك أمر قصدي وفعل اختياري في عالم الاعتبار،
 فلا بدّ من أن يكون ملتفتاً إليه ولو إجمالاً وفي الارتكاز، فيلزم في هذه الدلالة:
 ١- أن يكون التمليك مقصوداً ٢- هو فعل اعتباري ومحتاج إلى القصد ولو
 ارتكازاً ٣- عدم الالتفات ينافي الدلالة المذكورة.

تنبيه: وغير خفيّ أنّ مداليل الجمل التركيبية تارة بالمنطوق وتارة بالمفهوم
 والأول هو الذي مدلول ذات اللفظ بالدلالة المطابقة. والثاني هو مدلول
 الجملة اللازمة للمنطوق. ولكن يبقى مداليل ما لا يدخل في المنطوق ولا
 في المفهوم. وقسمت إلى الدلالات الثلاث: الاقتضاء والتنبيه والإشارة.
 أمّا الاقتضاء: وهي كون الدلالة مقصودة للمتكلّم عرفاً ويتوقّف صدق
 الكلام أو صحّته عقلاً أو شرعاً أو لغةً أو عادةً عليها. وأمثلتها كثيرة،
 كقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» لتوقّف صدق الكلام على تقدير الأحكام
 والآثار الشرعية لتكون هذه هي المنفية لوجود الضرر والضرار قطعاً عند
 المسلمين.

وأيضاً «رفع عن أمّتي ... ما لا يعلمون وما اضطروا ...» بتقدير العقاب
 مثلاً.

١ . حاشية المكاسب (للإيراني رحمه الله): ج ١، ص ٨٤.

وأيضاً «لا صلاة لجار المسجد...». فهي متوقّفة على تقدير (الكاملة) وهكذا قوله تعالى: ﴿وَاسْتَلِ الْقَرْيَةَ﴾ المقدّر فيه (الأهل) من باب حذف المضاف أو المجاز في الإسناد.

وأيضاً قوله: (أعتق عبدك عتي على ألف) فإنّ صحّة الكلام شرعاً موقوفة على طلب تملكه أولاً بألف درهم؛ لأنّه لا عتق إلّا في ملك، فيكون التقدير ملكني العبد بألف ثمّ أعتقه عتي.

وأيضاً قول الشاعر: «نحن بما عندنا وأنت بما عندك راضٍ والرأي مختلف» وهنا أيضاً يكون الصحّة موقوفة على تقدير (راضون) خبر للمبتدأ؛ لعدم صحّة كون المفرد خبراً للجمع... .

وهكذا قولهم: (رأيت أسداً في الحمام) فهو أيضاً موقوف على إرادة الرجل الشجاع.

وعلى الجملة: إنّ المناط في دلالة الاقتضاء أمران:

١- أن يكون الدلالة مقصودة.

٢- أن يكون الكلام لا يصدق أو لا يصحّ بدونها من دون فرق بين أن يكون لفظاً مضمراً أو معنى مراداً حقيقة أو مجازاً.

وأما دلالة التنبيه فهي أيضاً يشترط فيه القصد عرفاً ولكن لا يتوقّف صدق الكلام أو صحّته عليها وإنّما سياق الكلام ما يقطع منه بإرادة ذلك اللازم أو يستبعد عدم إرادته. وبهذا يعلم الفرق بينها وبين دلالة الاقتضاء كقوله: (طلعت الشمس) مخاطباً لمن فات عنه وقت الصلاة أو (إلى عطشان) للدلالة على طلب الماء وكثيراً من الموارد فيما إذا أراد المتكلم بيان أمر فنبّه عليه بذكر ملازمه العقلي أو الشرعي وأيضاً أمور أخر.

وأما دلالة الإشارة - على عكس السابقين - وهي عدم كون الدلالة مقصودة عرفاً ولكن مدلولها لازم لمدلول الكلام لزوماً غير بيّن أو بيّناً بالمعنى الأعم سواء استنبط المدلول من كلام واحد أو كلامين. ومثاله الآيتين ﴿وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ و﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ الدالتين على أنّ أقلّ الحمل ستّة أشهر.

وكذا: دلالة وجوب شيء على وجوب مقدّمته؛ لأنّه لازم لوجوب ذي المقدمة باللزوم البيّن بالمعنى الأعم؛ ولذلك يقال في وجوب المقدمة: أنّه تبعي وليس بأصلي.

وأما ما أفاده من الالتزام بالجعل التعبدي... ففيه: أنّه يستلزم لغوية جعل العناوين المعاملة لدي العرف كالبيع وجواز الاكتفاء بالإباحة في كلّ معاوضة وتبادل، مضافاً إلى ما قدّمناه من تحديد القاعدة (الناس مسلّطون على أموالهم).

وإنّ القاعدة لا تكون متشرّعة وأنّها ناظرة إلى جواز التصرفات التي هي مشروعة للمالك مع قطع النظر عن دليل السلطنة وإنّ هذا الدليل يثبت عدم كون المالك ممنوعاً عن تلك التصرفات. وأما التصرفات التي نشكّ في مشروعيتها أو نعلم بعدم مشروعيتها فلا تكون مشمولة لدليل السلطنة؛ لما قلناه من عدم كونها مشرّعة ولذا لم يمكن إثبات مشروعية التصرفات المتوقّفة على الملك بدليل السلطنة، هذا أولاً.

وثانياً: إنّ ما أفاده مبنيّ على إنكار الحكومة بين الدليلين العامّين (وهو موكول إلى محلّه) مضافاً إلى أنّ تحقّق إصابة العموم موقوف على ركنين

وهما: وجود المقتضي وعدم المانع ولا ينعقد العموم في العام ولا تتم حجتيه إلا بانتفاء المخصّص (بالأصل في العام أو بمقدمات الحكمة في المطلق) وعدم وجود المانع الذي يمنع عن تأثير العام؛ حيث يعدّ شرطاً في موضوع أصالة العموم. وحينئذٍ إذا أردنا نفي تداخل الأفراد فمعناه نفي المنافاة بين (أكرم كل عالم) و(لا تكرم كل فاسق) ونفي المنافاة بين العمومين بأصالة العموم يستلزم الدور المحال؛ لأن نفي المعارض بأصالة العموم بعد تقدّم إصالة العموم رتبة متوقّف على إثبات عدم المعارض أولاً ليتّم العموم ثم الاستدلال به.

وكيف كان، فالمتحصّل ممّا أورده الشيخ رحمته الله على القسم الثالث والرابع (وهو أن يقصد إباحة ماله بعوض فيقبل الآخر بأخذه إيّاه، فيكون الصادر من الأول الإباحة بالعوض ومن الثاني بقبوله لها التملك) وتركيز منشأ الإشكال أولاً: في صحّة إباحة جميع التصرفات حتّى المتوقّفة على الملك من دون أن يملكه العين (وهذه هي القسم الرابع).

وثانياً: الإشكال في صحّة الإباحة بالعوض الراجعة إلى عقد مركّب من إباحة وتمليك: هو أنّ مثل هذه الإباحة (جميع التصرفات) لا يجوز. ووجهه: إنّ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرّد إذن المالك؛ لأنّ إذنه ليس مشرعاً وإنّما يمضي فيما يجوز شرعاً (كغير الموقوفة على الملك).

مضافاً إلى أنّ تملك الثمن مع خروج المثلث عن ملك غيره غير معقول (في كلا الوجهين كذلك) لبقاء المال على ملك مالكة الأول (في كليهما). ووجه غير المعقولة واضح؛ لأنّ الثمن لا بدّ وأن يدخل في مكان قد خرج منه

المشمن وهنا قد دخل الثمن في كيس من لم يخرج المشمن منه؛ لبقاء المال على ملكية صاحبه الأول مع قصد الإباحة.

ولا يمكن تصحيح هذا الوجه بالوجه الثلاثة المذكورة من أن يوكل المباح له بنقل المال إلى نفسه ثم بيعه، أو أن يوكله بنقل الثمن إلى نفسه بالهبة أو القول بأن الإباحة هذه تمليكاً وهي إنشاء تمليك له وإنها بمنزلة قول الرجل: (أعتق عبدك عني بكذا)؛ لما مرّ: من أن المقصود فيما نحن فيه ليس الإذن في نقل المال إلى نفسه أولاً ولا في نقل الثمن ثانياً، ولا قصد التمليك بالإباحة المذكورة ولا قصد المخاطب التملك.

فما أُفيد إلى هنا وأوضحه المحقق النائيني رحمته الله في كلامه مبني على عدم جواز خروج أحد العوضين عن شخص ودخول الآخر في ملك شخص آخر غير من خرج عنه العوض؛ لمغايرة هذا مع معنى البيع الذي هو تبديل طرفي الإضافة. وتوهم صحته بدعوى: عدم اعتبار الأزيد من المبادلة بين الشيئين بلا احتياج قيام أحدهما مكان الآخر ويكفى جعل شيء بإزاء شيء في مقابل التمليك المجاني، أو التمليك بإزاء الشيء.

مدفوع: بأن مفهوم المبادلة والمعاوضة من المفاهيم النسبية المسماة بذات التعلق ولا بدّ من وقوعها في شيء مرتبط به وذاك الشيء بحكم القاعدة لا بدّ أن يكون مقدّماً على المعاوضة بالضرورة، فيلزم وجود موضوع المعاوضة في المرتبة السابقة حتّى تحقّق المعاوضة، فيستحيل حصول المعاوضة في المملوكية المسبّبة عن هذه المعاوضة؛ لعود الإشكال وهو عدم الإضافة الملكية أو الحقيّة. مضافاً إلى لزوم وجود العوض والمعوّض في كلّ معاملة. وعمدة الكلام في مفهوم البدلية والمبدلية بعد فرض لزوم تحقّقهما

وهذا يقتضي وقوع المبادلة بين مفهومي العوض والمعوّض وهو يحتاج إلى سبق حقّ أو ملك يصير أحدهما بدلاً والآخر مبدلاً.

وأكد النائي كلام الشيخ: بأنّ باب الملكية تتضمّن ثلاث أمور: وهي المالك والمملوك والملكية. وهي أمور ثابتة لا يمكن إنكارها، فالملكية عبارة عن إيجاد اتصال اعتباري بين المالك والمملوك، وهذا الاتصال الاعتباري ينتج ثلاثة أمور أخر وهي: المضاف والمضاف إليه والإضافة، والتبديل الحاصل نتيجة حدوث هذا الأمر الاعتباري والمعبر عنه بالحبّل أو الخيط الرابط يكون ثبوتاً.

١- تارة في طرف المالك كما في باب الإرث حيث يحصل التبديل في طرف المالك دون المملوك، فما كان من مال أو حقّ للمالك الميت ينتقل إلى ورثته.

٢- وأخرى في طرف المملوك، فيحصل التبادل في المملوك دون المالك.

٣- وكالة في المملوكية نفسها أي (الملكيّتين).

أمّا البيع فليس من القسم الأول، بل هو تبديل الإضافتين أو المملوكين، فإن اعتبرناه تبديل الإضافتين لزم منه التسلّط على الملكية مع أنّ الحديث صريح في أنّ الناس مسلّطون على أموالهم ولا على ملكيتهم، بمعنى: أنّ السلطنة مجعولة على الأموال لا على ذات السلطنة وإلاّ استلزم الدور، فضلاً عن أنّ العرف يرى تسلّط الناس على أموالهم لا على سلطنتهم. والشاهد عليه عجز الناس عن إزالة الملكية الثابتة لهم.

ثمَّ إنَّه (النائني) استنتج ممَّا أفاده: أنَّ للمالك نقل ملكه لا ملكيته، فإذا ثبتوا وإثباتاً لا يعدُّ البيع تبديل الملكيتين بل هو مبادلة للمملوكين ليس إلاَّ بأن ينفكَّ ملكية المملوك من الأوَّل وتتعلق وترتبط بالثاني وأن يستلزم المبادلة في الملكية قهراً.

وحاصل كلامه: انتقال المال بين طرفي الإضافة دون شخص الإضافة فلا بدَّ من عود العوض إلى كيس من خرج عنه المعوِّض.

ويؤيِّد ما أفاده كلام أهل اللغة في تعريفهم البيع بأنَّه (مبادلة مال بمال) ومعلوم أنَّ المتفاهم من هذا التعبير هو المعاوضة بين طرفي الإضافة وإنَّ نقوش في حجية كلام أهل اللغة. وإنَّ غاية ما يفيد الاستشهاد باللغة دون الاعتماد والاطمئنان؛ حيث إنَّ قوله لا يكون حجة في تحديد مفهوم الموضوع (الشرعي) ويكون من مصاديق الشبهة المفهومية؛ ولذلك صرَّح الشيخ (في كتاب الطهارة) بصعوبة تحصيل الجزم بالحدود الحقيقية للمفاهيم.

العرفية؛ لأنَّ مثل الماء الذي يعدُّ من أوضح المفاهيم العرفية فكيف بالمفاهيم الاعتبارية.

أمَّا الوجه الثاني (الذي ذكره الشيخ رحمته الله لتصحيح القسم الرابع): دلالة دليل شرعي على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة، فيكون كاشفاً عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع آنأماً، فيقع البيع في ملكه (أي المباح له لوقوع البيع لنفسه) أو يدلُّ دليل شرعي على انتقال المثلث عن المبيع بلا فصل بعد البيع، فيكون ذلك شبه دخول العمودين في ملك الشخص آنأماً لا يعقل غير العتق فإنَّ حينئذٍ يقال بالملك المقدَّر آنأماً؛ للجمع بين الأدلَّة (أي دليل لا عتق إلاَّ في ملك، ودليل: إنَّ الانسان لا يملك عموديه، فالجمع بينهما هو

القول بالملكية الآنية حتّى يصحّ العتق). وهذا الوجه مفقود فيما نحن فيه (وهو اقتضاء الجمع بين الأدلّة لحصول الملكية) إذ المفروض أنّه لم يدلّ دليل بالخصوص على صحّة هذه الإباحة العامّة (حتى المتوقّفة على الملك)، وإثبات صحّته لعموم مثل «الناس مسلّطون على أموالهم» يتوقّف على عدم مخالفة مؤدّاه لقواعد آخر مثل: توقّف انتقال الثمن إلى الشخص على كون المثلّث مالاً له، وتوقّف صحّة العتق على الملك، وصحّة الوطء على التحليل بصيغة خاصّة لا بمجرد الإذن في مطلق التصرف... .

ثمّ قال: «ولأجل ما ذكرناه (توقّف تمامية دلالة الناس مسلّطون... على عدم مخالفتها لقواعد فقهية أخرى) صرح المشهور، بل قيل: لم يوجد خلاف في أنّه لو دفع إلى غيره مالاً وقال: اشتر به لنفسك طعاماً من غير قصد الإذن في اقتراض المال قبل الشراء أو اقتراض الطعام، أو استيفاء الدين منه بعد الشراء لم يصحّ، كما صرح به في مواضع من «القواعد»^١ وعلّله في بعضها: بأنّه لا يعقل شراء شيء لنفسه بمال الغير وهو كذلك، فإنّ مفهوم المعاوضة والمبادلة دخول العوض في ملك من خرج المعوّض عن ملكه وإلاّ لم يكن عوضاً وبدلاً، ولما ذكرنا حكم الشيخ^٢ وغيره^٣ بأنّ الهبة الخالية عن الصيغة تفيد إباحة التصرف لكن لا يجوز وطء الجارية مع أنّ الإباحة المتحقّقة من الواهب تعمّ

١ . قواعد الأحكام: ج ١، ص ١٥١.

٢ . المبسوط: ج ٣، ص ٣١٥.

٣ . الدروس الشرعية: ج ٢، ص ٢٩١.

جميع التصرفات. وعرفت أيضاً أنّ الشهيد في الحواشي^١ لم يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدى ولا وطء الجارية، مع أنّ مقصود المتعاطيين الإباحة المطلقة. ودعوى: أنّ الملك التقديري هنا أيضاً لا يتوقف على دلالة دليل خاص، بل يكفي الدلالة بمجرد الجمع بين عموم الناس مسلّطون على أموالهم الدالّ على جواز هذه الإباحة المطلقة وبين أدلة توقف مثل العتق والبيع على الملك، نظير الجمع بين الأدلة في الملك التقديري (بتوضيح: أنّه كما يمكن الجمع بين الدليلين المتعارضين وهما لا عتق في ملك وعدم تملك الإنسان عموديه بالملكية الآنية القهرية كذلك يمكن الجمع بين الدليلين المتعارضين فيما نحن فيه بالملكية المذكورة)

مدفوعة: بأنّ عموم الناس مسلّطون على أموالهم إنّما يدلّ على تسلّط الناس على أموالهم لا على أحكامهم، فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحة المالك كلّ تصرف جائز شرعاً، فالإباحة وإن كانت مطلقة إلا أنّه لا يباح بتلك الإباحة المطلقة إلى ما هو جائز بذاته في الشريعة (فالتصرفات المتوقّفة على الملكية لا تشملها العموم) ومن المعلوم أنّ بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل والنقل الدالّ على لزوم دخول العوض في ملك مالك المعوّض، فلا يشملها العموم الناس مسلّطون على أموالهم حتّى يثبت التنافي بينه وبين الأدلة الدالة على توقف البيع على الملك، فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديري آنأماً.

وبالجملة: دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم على عموم الناس مسلّطون على أموالهم الدالّ على إمضاء الإباحة المطلقة من المالك على إطلاقها، نظير حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير على وجوب الوفاء بالنذر والعهد إذا نذر عتق عبد غيره له أو لنفسه، فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهري للناذر نعم، لو كان هناك تعارض وتزاحم من الطرفين بحيث أمكن تخصيص كلّ منهما لأجل الآخر أمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهري آنأما فتأمل.

وأما حصول الملك في الآن المتعقّب بالبيع والعتق فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه فليس ملكاً تقديرياً، نظير الملك التقديري في الدية بالنسبة إلى الميّت أو شراء العبد المعتق عليه، بل هو ملك حقيقي حاصل قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله في الآن المتصل بناءً على الاكتفاء بمثل هذا في الرجوع وليس كذلك فيما نحن فيه.

وبالجملة: فما نحن فيه لا ينطبق على التملك الضمني المذكور أولاً في (أعتق عبدك عني) لتوقّفه على القصد ولا على الملك المذكور (أي التملك الآني القهري) ثانياً: في شراء من ينعتق عليه؛ لتوقّفه على التنافي بين دليل التسلّط ودليل توقّف العتق على الملك وعدم حكومة الثاني على الأول، ولا على التملك الضمني المذكور. ثالثاً: في بيع الواهب وذو الخيار؛ لعدم تحقّق سبب الملك هنا سابقاً بحيث يكشف البيع عنه، فلم يبق إلّا الحكم ببطالان الإذن في بيع ماله لغيره، سواء صرح بذلك، كما لو قال: بع مالي لنفسك أو اشتري بمالي

لنفسك؛ أم أدخله في عموم قوله: أبحث لك كل تصرف، فإذا باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع للمالك إمّا لازماً؛ بناءً على أن قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثر أو موقوفاً على الإجازة بناءً على أن المالك لم ينو تملك الثمن هذا.

ولكن الذي يظهر من جماعة منهم قطب الدين والشهيد عليهما السلام في باب بيع الغاصب: أن تسليط المشتري البائع الغاصب على الثمن والإذن في إتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً (أي بهذا الثمن الذي حصل له بإزاء المبيع المغصوب) وإنه يملك الثمن بدفعه إليه فليس للمالك إجازة هذا الشراء (لعدم تأثير هذه الإجازة) ويظهر أيضاً من محكي «المختلف»^١ حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارية بعين مغصوبة أن له وطء الجارية مع علم البائع بغصبية الثمن فراجع. ومقتضى ذلك أن يكون تسليط الشخص لغيره على ماله وإن لم يكن على وجه الملكية يوجب جواز التصرفات المتوقّفة على الملك فتأمل (وسياتي توضيحه في مسألة بيع الفضولي). وأمّا الكلام في صحّة الإباحة بالعوض، سواء صحّحنا إباحة التصرفات المتوقّفة على الملك أم خصّصنا الإباحة لغيرها (أي لغير المتوقّفة على الملك).

فمحصله: أن هذا النحو من الإباحة ليست معاوضة مالية ليدخل كلّ من العوضين في ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك للمبيع، إلا أن المباح له يستحقّ التصرف، فيشكل الأمر فيه من جهة

١. مختلف الشيعة: ج ٥، ص ٢٥٩.

خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً وعرفاً مع التأمل في صدق التجارة عليها فضلاً عن البيع، إلا أن يكون نوعاً من الصلح لمناسبة له لغة؛ لأنه في معنى التسالم على أمر بناءً على أن لا يشترط فيه لفظ الصلح، كما يستفاد من بعض الأخبار الدالّ على صحّته بقول المتصالحين: لك ما عندك ولي ما عندي. ونحوه ما ورد في مصالححة الزوجين (الروايات المفسّرة في ذيل الآية ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾^١ فقال: «هي المرأة تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها: إنّي أريد أن أطلّقك، فتقول له: «لا تفعل، إنّي أكره أن تُشمت بي، ولكن انظر في ليلتي فاصنع بها ما شئت. وما كان سوى ذلك من شيء فهو لك، ودعني على حالتي فهو قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾ وهذا هو الصلح»^٢، ولو كانت معاملة مستقلة كفى فيها (أي في صحّتها) عموم الناس مسلّطون على أموالهم والمؤمنون عند شروطهم. وعلى تقدير الصّحة ففي لزومها مطلقاً؛ لعموم المؤمنون عند شروطهم أو من طرف المباح له؛ حيث إنّه يخرج ماله عن ملكه دون المبيع؛ حيث إنّ ماله باقٍ على ملكه، فهو مسلّط عليه أو جوازها مطلقاً (من الطرفين) وجوه: أقواها أولها، ثمّ أوسطها.

١. نساء (٤): ١٢٨.

٢. وسائل الشيعة: ج ٢١، ص ٣٤٩؛ أبواب القسم والنشوز: ب ١١، ح ١.

وأما حكم الإباحة بالإباحة فالإشكال فيه أيضاً يظهر ممّا ذكرنا في سابقه (أي عدم كونها معاوضة) والأقوى فيها أيضاً الصّحة واللزوم؛ للعموم أو الجواز من الطرفين لأصالة التسلّط». ^١ [١]

[١] هذا وبعد ذكر بيان الشيخ فتأمّل فيما أفاده رحمته الله من الاستدلال على صحّة هذه المعاملة ولزومها أو جوازها؟

الأول: اعتبرها معاملة مستقلة مستدلاً بقاعدة (الناس مسلّطون على أموالهم) وأيضاً بقوله: «المؤمنون عند شروطهم».

الثاني: إثبات تمامية هذه المعاملة بعنوان المصالحة.

الثالث: الاستدلال بالآية الشريفة ﴿... تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ إلا أنّه قد

مرّ عنه رحمته الله أنفاً الإشكال في صدق عنوان التجارة على المقام فضلاً عن صدق البيع والشراء أنّه قائل بأنّ البيع عبارة عن تملك عين بمال مع أنّ المبحوث عنه في المقام (إباحة عين بعوض) وعدم تحقّق تملك المعوض، هذا مضافاً إلى عدم حصول مبادلة المال بالمال لحصول المالكين في ملك شخص واحد وقد مرّ بيان عدم معقوليتها وهذا يمنع عن الالتزام بصحّتها هذا.

وقد أشكل السيد الخوئي رحمته الله: بخروج هذه الأقسام عن المعاوضات المالية ثبوتاً وإثباتاً.

أمّا ثبوتاً: فلعدم تعقّل الإباحة بإزاء المال.

وأما إثباتاً: فلأنّه لا يمكن أن تحصل المصالحة بين الإباحة والدرهم.

وما أفاده مبتني على لزوم كون المعاوضة بين المالين إما خارجاً أو ذهنياً وفي الإباحة لا يتصور البدلية ولذلك قال بأن الإباحة بالعوض يتصور على وجوه شتى:

١- أن تجعل نفس الإباحة عوضاً في المعاملة، أي إباحة التصرف في المال من المبيع بشرط أن يملكه المباح له الدرهم، فالواقع إباحة مشروطة من المبيع ويكون الدرهم هبة معوضة من المباح له.

٢- أن تكون الإباحة بنحو التعليق، فيملكه الكتاب معلقاً على تملكه الدرهم.

٣- الإباحة بداعي التملك، أي يبيع له بداعي أن يملكه درهماً.

٤- الإباحة عنواناً للموضوع بأن يقول: «أبحث مالي هذا لمن تملكني كذا».

وعلى الجملة: يشكل الاستدلال بآية التجارة لما مرّ من تأمل الشيخ ولا سيما بعد الرجوع إلى العرف واللغة وإن لم يتأمل بعضهم كالسيد والإيرواني في صدق عنوان التجارة على الإباحة بالعوض وصرح السيد^{عليه السلام}: بأنه من التجارة؛ إذ ليست إلا الاكتساب ويصدق في المقام ولا يلزم في المعاوضة المالية أن تكون المبادلة بين المالين من حيث الملكية، بل قد تكون من حيث الإباحة من أحد الطرفين أو كليهما، فلا وقع لهذا الإشكال.

وأما الإيرواني قال: «لا تأمل في صدق التجارة من جانب المبيع بعوض المملك للمال بإباحته، بل لا يبعد صدقه من جانب المملك؛ لأن استباحة أموال الناس نوع من الاتجار، مع أن غاية ذلك منع التمسك بآية ﴿تِجَارَةً﴾

عَنْ تَرَاضٍ ﴿كَمَا أَنَّ عَدَمَ كَوْنِهِ بَيْعاً يَمْنَعُ عَنِ التَّمَسُّكِ بِآيَةٍ﴾ وَأَحَلَّ اللَّهُ ﴿وَأَمَّا آيَةُ﴾ ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فلا مانع من التمسك بها، مضافاً إلى ما تمسك به المصنّف من دليل السلطنة وعموم «المؤمنون عند شروطهم» بناءً على صدق الشرط على الإلزام والالتزام الابتدائي». انتهى^١.

ولكن من جهة العرف يكون مفهوم التجارة مغايراً لمفهوم الاكتساب ولا يعدّ المكتسب تاجراً؛ بدهاة أنّ الاكتساب من مادة الكسب وهو ينطبق على المشتغل بالتجارة والحدادة والزراعة وإحياء الموات ولكن لا يصدق في حقّ الفلاح والنجار والحدّاد عنوان التاجر. والنسبة بينهما عموم وخصوص مطلق ولا يمكن الاستدلال بالأعم على الأخصّ.

وأما من حيث اللغة، فقد يطلق على البيع والشراء وقد يطلق - كما عن الراغب^٢ - في صرف المال لتحصيل الربح.

وكيف كان، فما يستفاد من مظانّ الآيات المستعملة فيها التجارة أعمّيتها عن عنوان البيع، كقوله تعالى: ﴿رِجَالٌ لَا تُلْهِهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ﴾^٣ وأيضاً قوله تعالى: ﴿وَإِذَا رَأَوْا تِجَارَةً أَوْ لَهْوًا انفَضُّوا إِلَيْهَا...﴾^٤ فالنتيجة: أنّ الإباحة بإزاء العوض لا يعدّ صرفاً للمال لتحصيل الربح. فالحقّ

١ . حاشية المكاسب (للإيرواني رحمه الله): ج ١، ص ٨٦.

٢ . المفردات للراغب: ص ١٦٤.

٣ . النور (٢٤): ٣٧.

٤ . الجمعة (٦٢): ١١.

مع الشيخ رحمته الله في تأمله في صدق التجارة على الإباحة بالعوض خصوصاً بالنسبة إلى المبيع، فإنه لم يصرف رأس ماله.

وأما القول باندراج هذه المعاملة في أدلة الصلح: فعلى القول بتوقف قوام كل معاملة بإنشاء عنوانه يشكل تماميتها بعنوان الصلح، كما أنه كذلك في تحقق البيع؛ حيث إنه لا بد من أن يكون المنشأ هو البيع، أي تملك العين بعوض وهكذا سائر العقود، فيعتبر في الصلح إنشاء المصالحة والتسالم ولا يكفي مجرد وجود المصالحة في عقد ما لم يكن قرينة على تحقق عقد الصلح أو لا تعدّ قرينة الموجود عليه؛ لأنّ التسالم حاصل في كل عقد من العقود (البيع والإجارة والقرض...) فإنّ المتعاقدين يتصالحان ويتسلمان على تبديل المالين عيناً أو منفعة.

وأما الاستدلال بالرواية المذكورة «لك ما عندك ولي ما عندي» فلا دلالة فيها على أنّ هذه المصالحة صلح وغايتها تصحيح المعاوضة الواقعة ونفوذها.

وأما الروايات في باب الزوجين: فذلك لا تدلّ على أنّها مصالحة فتأمل؛ لأنّ الإمام عليه السلام صرح بأنّ «هذا هو الصلح...» ولعلّ الوجه في كونه هو الصلح قول الزوجة: «اصنع ما شئت ودعني على حالتي» بدعوى: أنّه هو إنشاء التصالح ولكنّ الذي فيما نحن فيه هو إنشاء الإباحة والترخيص ولا يمكن جعله مصداقاً للصلح بعد كون الصلح أمراً إنشائياً يحتاج إلى إنشاء ما دلّ عليه.

وأما كونها معاملة خاصّة والقول بتصحيحها مستدلاً بقوله: «الناس مسلّطون...» بالدلالة المطابقة (كما في كلام الشيخ والسيد والإيرواني رحمهم الله) وقد مرّ ذكر عبائهم) ولكن تمامية الاستدلال بالقاعدة موقوفة على الالتزام بورودها مقام تشريع انواع المعاملات وجواز صدور أنواع التصرفات من الملاك من الخارجية والاعتبارية.

وأما بناءً على القول بأنّها في مقام إثبات مجرد سلطنة المالك على أمواله في حدود القواعد المقرّرة الشرعية من دون أن يكون مشرّعة فلا يمكن الإستناد بها للمدّعى، هذا. مضافاً إلى إرسال الحديث سنداً وجبر ضعفه بعمل الأصحاب غير ثابت؛ لاحتمال أنّهم استندوا على السيرة القطعية القائمة على تسلّط الناس على أموالهم من دون ردع من الشارع.

وأما الاستدلال بقوله: «المؤمنون عند شروطهم» بالدلالة الالتزامية بمعنى: أنّ القاعدة دالّة على لزوم الوفاء بالشرط وبالدلالة الالتزامية تدلّ على صحّة المعاوضة بالشروط، ولكنّ الاستناد بها - بعد فرض تمامية السند - بالدلالة الالتزامية موقوف على تمامية إطلاق الشروط ليشمل جميعها وهو ممنوع، فكما أنّ الإهمال فيها ممنوع وغير معقول فالمراد منه جميع الشروط المشروعة دون غير المشروعة. والوجه قوله: «كلّ شرط خالف كتاب الله والسنة فليس بشرط» فالاستدلال بها على الصحّة والمشروعية ممنوع. هذا. مضافاً إلى توقّف تمامية الاستدلال بهذه القاعدة على القول بأعمية الشرط من الشروط البدوية والالتزام الابتدائي ومن الالتزام في ضمن الالتزام فعلي القول بالأوّل يصحّ الاستناد وعلى الثاني (أي الالتزام في ضمن البيع أو الإجارة...) فلا يتمّ؛ لأنّ الإباحة بالعوض لا تعدّ التزاماً في ضمن الالتزام.

وأما الاستدلال بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بتقريب: أَنَّ الإباحة حيث صارت تقابل بالعوض تشمل على الالتزام بالإباحة بإزاء المال وتتحقق من خلاله عنوان العقد والعهد ويندرج في مصاديق الآية.

ولا يخفى أَنَّ الاستدلال بها متوقف على إثبات عموم (العقود) بالنسبة إلى جميع العقود حتّى غير المتعارفة ليشمل المعاملة المبحوث عنها بعد كونها غير متعارفة، هذا أولاً.

وثانياً: إِنَّ الاستدلال بها على الصّحة يكون من جهة دلالتها الالتزامية ولا المطابقة؛ حيث إِنَّ الصّحة المستفادة من قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا﴾ بالملازمة العقلية؛ لعدم إمكان التفكيك بين وجوب الوفاء تكليفاً والصّحة، فلا بدّ من أن يكون العقد من العقود الصحيحة بالذات؛ لأنّ موضوع آية الوفاء العقود الصحيحة وعند الشكّ في صّحة عقداً يكون التمسك بالآية يكون من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية، هذا مضافاً إلى مشكلة أخرى في المقام وهي أَنَّها على فرض شمول الآية وإمكان التمسك بها على صّحة هذا العقد فهي لا تدلّ على صّحة مطلق التصرفات الصادرة من المبيع في المال المباح له إذا كانت تصرفاته ناقلة كالبيع.

ثمّ إنّه بعد التنزّل والقول بصّحة هذا العقد فهل هو عقد لازم أو جائز؟
احتمل الشيخ رحمته الله أقوالاً ثلاثة:

الأول: لزوم مطلقاً، أي من الطرفين مستدلاً بعموم المؤمنون عند شروطهم.

الثاني: التفصيل بين الطرفين بالجواز من المبيع واللزوم من طرف المباح له (أي المملّك بالعوض) حيث إنّه يخرج ماله عن ملكه دون المبيع؛ حيث إنّ ماله باقٍ على ملكه فهو مسلّط عليه، وبمقتضى القاعدة «الناس مسلّطون...» يكون حقّ الفسخ له ثابت وأمّا اللزوم من طرف المباح له فمن جهة عدم ثبوت حق الفسخ والرجوع له.

الثالث: جواز هذه المبادلة والمعاوضة مطلقاً بالنسبة إلى الطرفين.

ثمّ قوى الشيخ رحمته الله الوجه الأوّل. وهذا واضح بعد القول بشمول قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فإنّه لا بدّ من الالتزام باللزوم من الطرفين وهكذا «المؤمنون عند شروطهم».

وأما النائي رحمته الله بعد القول بفساد هذه المعاوضة وعدم صحّتها لا صلاحاً ولا بعنوان المعاملة المستقلّة (لما مرّ عنه من عدم تحقّق معنى المعاوضة، لعدم ورود شيء مكان المال الذي يخرج عن المباح له وجواز الانتفاع من مال المبيع ليس شيئاً يمكن أن يقع في طرف خيطه؛ لأنّه حكم شرعي مترتب على إباحة المبيع ولا يكون ملكاً كالعين والمنفعة. ومع عدم صدق المعاوضة عليها فلا يشملها شيء من العمومات لا دليل الصلح ولا دليل التجارة ولا عموم المؤمنون ولا شيئاً من الأدلّة) قال: «ومنه يظهر سقوط التمسك بالعمومات لإثبات لزومها أيضاً. وثمّ على تقدير الصحّة فالتمسك بالعموم لإثبات اللزوم حتّى من طرف المبيع لا يخلو عن الغرابة ولا يصحّ

التمسك لإثبات لزوم كل إباحة وهذا كما ترى، فإن المبيع ما التزم بشيء أصلاً^١.

وأورد عليه: بأننا سلمنا أن حقيقة الإباحة هي مجرد الإذن في التصرف مع بقاء حق جواز الرجوع ولكن الفرق واضح بين الإباحة الحاصلة من مجرد الإذن وبين الإباحة العقدية المعوضية، فالإباحة بالعنوان الأولي لا يترتب عليها إلا الجواز أي عدم اللزوم وجواز الرجوع ولكنها بالعنوان الثانوي تنقلب إلى عقد لازم؛ لاشتماله على اللزوم ومعه لا وجه لجواز الرجوع.

مضافاً إلى أن ما أفاده من استلزام إثبات لزوم كل إباحة غريب منه؛ لأنه لا يتضمن كل إباحة العوض، مع أننا نبحت في المقام عن الإباحة المعوضية فقياسها مع الإباحة غير المعوضية مع الفارق البين.

وأما المحقق الإيرواني بعد اختياره التفصيل (أي القول الثاني) وإنه يحق الرجوع للمبيع دون المملك، قال: «ثم لزوم المعاملة إما أن يراد منه لزومها تكليفاً، بمعنى: أنه لا يجوز فسخ المعاوضة ويحرم فسخها، أو يراد منه لزومها وضعاً بمعنى: لا أثر لرجوعه في حل المعاملة وحرمة التصرف للمباح له... فاعلم أنه لا سبيل إلى الحكم باللزوم الوضعي، فإن جواز التصرف من المباح له بعد رجوع المبيع خلاف دليل «سلطنة الناس» ودليل «لا يحل...».

وأما اللزوم تكليفاً فهو مقتضى الأدلة التي يستدل بها على صحة هذه المعاملة أعني: عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و«المؤمنون عند شروطهم». ثم

١. المكاسب والبيع (للنائيني رحمته الله): ج ١، ص ٢١٨-٢١٩.

اعلم أنّ مجرد الرجوع عن الإباحة أو ترك الإباحة رأساً ليس فسخاً للمعاملة بل هو ترك للوفاء بها مع بقاء المعاملة على حالها، كأجير لم يعمل بما استأجر عليه بلا فسخ للمعاملة وكبائع لم يسلم للمشتري، والمستأجر في مثل هذا يستحق قيمة العمل الذي استحقّه بعقد الاجارة وفوته عليه الأجير، فيرجع على الأجير بقيمة الإباحة التي ملكها عليه بالعوض وإنما الفسخ للمعاملة هو الرجوع فيها وحلّ المعاملة وإن بقي على إباحته، فيقول: فسخت المعاملة ولا أبيع لك بالعوض نعم، أنا أُبيع لك مجاناً وقد عرفت أنّ القول بعدم نفوذ فسخه باطل وخلاف دليل «لا يحل...» و«الناس مسلطون» فيبقى البحث في حرمة فسخه تكليفاً... ، ومما ذكرناه يظهر حكم صورة الإباحة بالإباحة وأنّ المعاملة لازمة تكليفاً من الطرفين وجائزة وضعاً.^١

ومحصل كلامه: إنّ قاعدة اللزوم تقتضي اللزوم من جانب المملك الذي تحقّق منه تمليك عوض الإباحة للمبيع؛ حيث انتقل منه إلى المبيع عوض الإباحة، فإذا رجع عنه شكّ في زوال الملكية الحاصلة للمبيع وعدمه ومقتضى الاستصحاب بقاء الملك، أمّا من ناحية المبيع فإنّ معنى اللزوم وضعاً هو عدم نفوذ تصرّف المبيع وضرورة الإباحة الصادرة منه لازمة بحيث لو رجع عنها المبيع جاز للمملك التصرف في المال ولكن ثبوت حقّ التصرف للمباح له ينافي دليل السلطنة ودليل «لا يحل» فيبطل اللزوم الوضعي وينتج منه ثبوت حقّ التصرف للمبيع.

١ . حاشية المكاسب (للإيراني رحمه الله): ج ١، ص ٨٦.

أما اللزوم التكليفي فيبقى ثابتاً بمقتضى دلالة قوله: «المؤمنون عند شروطهم» و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

وأورد عليه أولاً: أنه ممن التزم بعدم مشرعية دليل السلطنة، فعلى هذا تقديم دليل السلطنة وأيضاً دليل «لا يحل...» على الآية الشريفة ﴿أَوْفُوا...﴾ و«المؤمنون عند شروطهم» يعدّ من التشريع بمعنى: أنه إذا تحقّق اللزوم التكليفي بدليل الشرط والوفاء فلا بدّ من تحديد دائرة دليل السلطنة وتضعيفها حتّى ولو كان الأمر بالوفاء تكليفاً.

وثانياً: بعد التنزّل لا مجال لإفادة اللزوم التكليفي من الآية، بل إمّا أنّه إرشاد إلى اللزوم أو التكليف بالوفاء، فعلى الأول: لا معنى للتفريق بين الوضع والتكليف. وعلى الثاني: فالجواب هو أنّ إطلاق وجوب الوفاء حتّى بعد الفسخ يقتضي اللزوم وحينئذٍ يكون مدلول الآية الكريمة وجوب الوفاء بالعقد بعد إنشاء الفسخ وقبله وهو اللزوم.

وثالثاً: لو سلّمنا أنّ مدلول الآية هو الأمر التكليفي فإنّه يعود الإشكال من أنّه لا يبقى بعد الفسخ عقد حتّى يجب الوفاء به.

وعلى الجملة: فالذي يبدو لنا بناءً على القول بشمول قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا...﴾ للمقام القاعدة تقتضي عدم جواز الرجوع عن الإباحة كما قوّاه الشيخ أولاً نعم، لا يجوز التصرف في المال بالتصرّفات الناقلة والمنافية عرفاً وعقلاً للالتزام والتعهد.